

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۱
- ذکر سه قول در مسئله..... ۲
- تشویش در انتساب اقوال به خاطر عدم دقت در انظار..... ۳
- تشویش در انتساب اقوال به خاطر اعتماد بر استنباطات مبتنی بر لوازم کلمات..... ۴
- قول اول و بررسی آن: صحت وقفا..... ۵
- اجمال در عبارت شیخ طوسی ره در خلاف..... ۶
- تصریح شیخ مفید ره به صحت وقفا..... ۶
- تصریح ابن ادریس به صحت وقفا..... ۷
- اشکال سرائر بر کلام شیخ ره در خلاف..... ۸
- ادعای عدم خلاف در خروج از ملک واقف و دخول در ملک موقوف علیهم در کلام سرائر..... ۸
- اقوال دال بر صحت حبا..... ۹
- عبارات مرحوم علامه..... ۹
- عبارت فخر المحققین..... ۱۱
- عبارت شهید اول در دروس..... ۱۱
- بیان مفتاح الکرامه در تبیین مقصود شهید اول..... ۱۱
- عبارت شهید ثانی در روضه و مسالک..... ۱۲

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

امروز اولین جلسه بحث فقه در سال تحصیلی جدید است. خداوند متعال را به خاطر توفیق آغاز بحث شاکریم. البته متأسفیم از اینکه در این جلسات از دیدار دوستان محرومیم. انشاءالله خداوند متعال این بلیه را از سر این کشور، مردم عزیز

ما و همه دنیا رفع فرماید، و امیدواریم که خداوند توفیق دهد هر چه زودتر بتوانیم جلسات را به همان نحو طبیعی در خدمت دوستان باشیم. ماشاءالله کان انشاءالله.

طبق تحریر الوسیله {مسأله ۱۵ را در سال گذشته بحث کردیم و { به مسأله ۱۶ رسیدیم.

مسئله ۱۶ در مورد وقف علی من ینقرض است. مسئله ۱۶ و مسئله ۱۵ از جهتی قریب به یکدیگرند و البته از جهاتی تفاوت دارند. مسئله ۱۵ راجع به لزوم و اشتراط تأبید در وقف بود به معنای عدم توقیت. یعنی وقتی واقف وقف می کند نباید وقفش الی مدة باشد. مسئله ۱۶ {در تأبید به معنای { عدم انقطاع است. پرسش این است که آیا انقطاع وقف مضر به صحت آن است یا خیر؟ به این معنا که اگر وقف علی من ینقرض کند اشکال دارد یا نه؟

پس از خواندن مسئله به اقوال و ادله اطراف می پردازیم.

مسئله ۱۶: «لو وقف علی من ینقرض کما إذا وقف علی أولاده و اقتصر علی بطن أو بطون ممن ینقرض غالباً (اگر وقف کند بر کسانی که منقرض می شوند، مثل وقف بر اولاد، و فقط بر بطن یا بطونی که غالباً منقرض می شوند اقتصار کند، مثل اینکه همین نسل اول یا چند نسل را ذکر کند و طبقات بعد را داخل نکند) و لم یذكر المصرف بعد انقراضهم (مصرف بعد از انقراض را هم نگوید. و الا اگر بگوید بر مثلاً اولاد و اولاد اولاد و بعد هم للفقراء و المساکین و یا برای مثلاً زیارت مشاهد ائمه و امثال آن، این اشکال ندارد و محل بحث نیست. بحث در جایی است که بر بطن یا بطونی اقتصار کند و مصرف بعد از انقراض را هم بیان نکند) ففي صحته وقفاً أو حبساً أو بطلانه رأساً أقوال، و الأقوی هو الأول»^۱.

ذکر سه قول در مسئله

ایشان در اینجا سه قول را نقل فرموده اند: قول به صحتش به صورت وقف، قول به صحتش به صورت حبس و بطلانش من رأس، یعنی نه وقف باشد و نه حبس. در متن تحریر می فرماید، اقوی این است که وقفاً صحیح باشد.

لذا می فرماید: «فیصح الوقف المنقطع الآخر (وقف منقطع الآخر صحیح است). بأن یكون وقفاً حقيقة إلى زمان الانقراض و الانقطاع، و ینقضي بعد ذلك و یرجع إلى الواقف أو ورثته، بل خروجه عن ملكه في بعض الصور محل منع».

^۱ تحریر الوسیله، کتاب الوقف، مسأله ۱۶.

این وقف منقطع الآخر که تصریح فرموده اند چیست؟ می گویند این است که: وقف از ابتداء تا زمان انقضاء آن بطن یا بطون صحیح است، و بعد از انقطاع، وقف تمام می شود و برمی گردد این ملک به واقف یا ورثه واقف.

بعد می فرمایند: بلکه اصلاً خروجش از ملک در بعضی از صور محل منع است، پس باید بگوئیم اصلاً از اول از ملک خارج نشده است. این هم تأملی است از جانب ایشان که بحثش می آید.

پس این مسأله در واقع مشتمل بر دو فرع است: یکی اینکه وقف بر من ینقرض صحیح است تا زمان انقراضشان، و بعد وقف تمام می شود. حال اگر میگفتیم باطل است دیگر بحثی نداشتیم. اما اگر گفتیم صحیح است، باید تکلیف این وقف را بعد از انقراض روشن کنیم که این فرع دوم است.

در این فرع دم اقوالی وجود دارد و مسائل بعدی است که انشاءالله به ترتیب اینها را بحث می کنیم. برخی می گویند به واقف برمی گردد، که در متن همین را فرموده است. برخی گفته اند به ورثه موقوف علیه می رسد. برخی هم گفته اند اصلاً در وجوه بر و اینها صرف بشود. که انشاءالله بحثش خواهد آمد.

فعلاً بحث راجع به این است که آیا وقف علی من ینقرض صحیح است وقفاً یا حبساً، یا نه اصلاً باطل است.

تشویش در انتساب اقوال به خاطر عدم دقت در انظار

انصاف این است که اقوال در این مسئله هم مختلف است و هم مضطرب است، تشویشی در کلمات فقها وجود دارد که عده ای از بزرگان به آن تصریح کرده اند.

یک نکته این است که اختلاف عجیبی در انتساب اقوال می بینیم، چرا که برخی از این انتسابها مبتنی بر استنباطهایی است که از لوازم کلمات کرده اند، نه بر تصریح عبارتها.

البته برخی از این تشویشها و اضطرابها نیز ناشی از اختلاف در نقلها است که آقایان تذکر دادند. و این تا جایی است که برخی از بزرگان یکدیگر را متهم کرده اند. از جمله صاحب ریاض ادعا می کند اصلاً ما در مقام سه قول نداریم که قول به صحت وقفاً باشد و قول به صحت حبساً و قول به بطلان. بلکه دو قول بیشتر نیست: یکی صحت حبساً است و آنهایی نیز که تعبیر به صحت وقفاً کرده اند مقصودشان حبس بوده است و قول دیگر بطلان است.

این فرمایش صاحب ریاض که علی الظاهر خلاف برخی از کلمات است مورد خدشه بزرگان قرار گرفته است. مثلاً صاحب مفتاح الکرامه که شاگرد صاحب ریاض است می فرماید: استاد ظاهراً بعضی از اقوال را ندیده بودند. مثل کلام شیخ مفید در مقنعه یا ابن ادریس را که که تقریباً صریحند در اینکه وقفاً صحیح است.

(البته مقنعه کلامش صریح نیست از لوازمش استفاده کرده اند، ولی کلام ابن ادریس تقریباً صریح است).

مرحوم صاحب جواهر هم می فرماید^۱: ما کنا لنؤثر وقوع این کلام را از صاحب ریاض. برای اینکه فرمایش شیخ مفید و ابن ادریس و دیگران هست که اینها دلالت می کند بر صحت وقفاً. ایشان چطور می گوید که دو قول بیشتر نداریم یکی صحت حبسا و یکی بطلان؟!

تشویش در انتساب اقوال به خاطر اعتماد بر استنباطات مبتنی بر لوازم کلمات

نکته دیگری که در این باب باید به آن توجه کنیم این است که: بسیاری از نسبتها در مقام ناشی از اجتهادهایی است که از لوازم کلام کرده اند نه بر اساس تصریح در کلمات.

مثلاً صاحب مفتاح الکرامه یک عده ای را می شمارد که اینها قائل به حبس شده اند. که کلام ایشان درست هم هست، برخی را که ما مراجعه کردیم آنها صراحتاً می گویند یصح حبسا. منتهی ایشان عده زیاد دیگری را براساس اجتهاد ضمیمه می کند. ایشان در قول به حبس می فرماید: «کما هو صریح الوسيلة و جامع الشرائع و الإرشاد و المختلف و التنقیح و المقتصر و إیضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا الروض». که ما چند تا از اینها را که دیدیم همینطور است صریح اینها است.

بعد می فرماید^۲: «هو ظاهر المراسم و النهاية و الخلاف و المبسوط (یعنی کتابهای شیخ را می گوید ظاهرش این است) و المهدب و الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و الإیضاح و شرح الإرشاد للفخر و غاية المراد و المهدب البارع و الكفاية و أبي علي فيما حكى عنه».

ایشان حدود ۱۶ کتاب را می شمرد و می فرماید ظاهرشان حبس است. چرا؟ با یک اجتهاد. لذا می فرماید: «لأنهم قالوا جميعاً بأنه يرجع عند انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته كما سترسم فإنه من لوازم الحبس».

^۱ - جواهر الکلام جلد ۲۸ صفحه ۵۷

^۲ - مفتاح الکرامه جلد ۲۱ صفحه ۴۶۵

می گوید در همه این کتابها گفته اند بعد از انقراض موقوف علیه این وقف به واقف یا ورثه واقف برمی گردد. و این عود الی الواقف یا ورثه واقف از لوازم حبس است. یعنی گوئی واقف در لب حبس کرده و به موقوف علیهم تملیک نکرده تا ارث ورثه موقوف علیهم شود. عین موقوفه به ملک خود واقف باقی است و فقط منافعش به موقوف علیهم واگذار شده است. و از همین رو است که بعد از انقراض موقوف علیهم، عین موقوفه به خود واقف و ورثه او باز می گردد. چرا که از ابتدا در ملکشان باقی بوده، و اصلاً خارج نشده که بخواهد وارد شود.

به نظر ایشان این از لوازم حبس است. گوئی اگر عین موقوفه با وقف، تملیک می شد و از ملک واقف خارج می شد و وقف هم صحیح بود، آنوقت خروجش از ملک موقوف علیهم و عدم ارث به ورثه موقوف علیهم دلیل می خواست که نداریم. بنابراین با توجه به اینکه این بزرگواران مثل مرحوم شیخ و صاحب شرایع و دیگران در کتب متعدده تصریح کرده اند که این وقف به واقف و ورثه اش عود پیدا می کند معنایش این است که از ملکشان بیرون نرفته است.

خدشه در استنباط: این یک اجتهاد است و انصافاً قابل خدشه است. انشاءالله مفصل بحث خواهیم کرد که قائلین به صحت وقف حتی در صورت خروج از ملک هم رجوع به ورثه واقف را تصویر می کنند. بنابراین صرف قول به عود این وقف به واقف یا ورثه واقف بعد از انقراض موقوف علیهم دلیل بر این نمی شود که این حبس است. چون لازم اعم است. حتی اگر وقف باشد، لااقل بنابر استدلال عده ای از مستدلین بر صحت وقف این برمی گردد.

پس عرض ما این است که یکی از اسباب تشویش در فهم آراء این است که برخی از این نسبتها مبنی بر استنباطی است که از لوازم کلمات شده است نه مستفاد از تصریحات اصحاب.

بله نسبت به حبس برخی به صورت خیلی روشن تصریح کرده اند که این یصح حبسا.

پس ما الان باید اقوال را بحث کنیم:

قول اول و بررسی آن: صحت وقفا

اولین قول بحث ادعای صحت است وقفا. چند عبارت را می خوانیم که دلالت برخی بروشن است و دلالت برخی دیگر روشن نیست بلکه جزء همانهایی است که استنباط شده است.

اجمال در عبارت شیخ طوسی ره در خلاف

مرحوم شیخ طوسی تعبیر یصح وقفا دارد. عبارت ایشان در خلاف این است^۱: «مسئله ۹: إذا وقف علی من یصح انقراضه فی العادة مثل أن یقف علی ولده (یا ولده) و سکت علی ذلک، فمن اصحابنا من قال لا یصح الوقف، و منهم قال یصح، فإذا انقرض الموقوف علیه رجع الی الواقف إن کان حیا، و إن کان میتا رجع الی ورثته، و به قال ابویوسف. (بعد می فرماید: دلیلنا أن عوده الی البرّ بعد انقضاء الموقوف علیهم) (که یک قولی است که ایشان نقل کرده است) یتحتاج الی دلیل، و لیس فی الشرع ما یدل علیه، و الاصل بقاء الملك علیه علی ولده».

در صدر مسئله ایشان می فرماید که: فمن اصحابنا من قال لا یصح الوقف. در پائین می فرماید من قال یصح. بعد خود ایشان از کسانی است که ظاهرش این است که قول دوم را انتخاب کرده است که می گوید دلیلنا أن عوده... این دلیل، بعد از پذیرش صحت {این عقد} است و تبیینی است برای اینکه چرا عین موقوفه باید به واقف یا ورثه واقف بازگردد. پس ایشان اصل صحت وقف را پذیرفته است.

منتهی اشکالی که وجود دارد این است که: این «یصح» علی الظاهر اعم از این است که وقف باشد یا حبس باشد، بخاطر همین اجمالی که در این بحث وجود دارد، با هر دو سازگار است. خصوصاً اینکه ایشان در ذیل که استدلال می کند بر رجوع مال موقوفه به واقف در مقابل این قول است که بخواهد در وجوه بر مصرف شود نه در مقابل اینکه حبس باشد. بنابر این فرمایش شیخ طوسی که می گوید یصح، گرچه ظاهرش این است که یصح وقفا، چون بحث سر وقف بوده است. گفته است که: من اصحابنا من قال لا یصح الوقف و برخی هم گفته اند یصح الوقف، خب ایشان هم با دلیل ظاهراً می گویند که یصح الوقف. ولی ایشان اینجا در مقام تفکیک و تمیز بین وقف و حبس نبوده است، ولذا تعبیر یصح الوقف ایشان به معنای مقابله با حبس نیست.

تصریح شیخ مفید ره به صحت وقفا

کسی که تقریباً می شود گفت از باب لوازم فرمایششان روشن است که قائل به صحت وقف هستند مرحوم شیخ مفید است در مقنعه. ایشان می فرماید:

^۱ - خلاف جلد ۳ صفحه ۵۴۳

«فإن وقف انسان شیئا علی ولده و ولد ولده و لم یذكر شرطاً فیہ بعد انقراضهم کان متی انقرضوا و لم یبق منهم احد راجعا میراثا علی اقرب الناس من آخر المنقرضین من ارباب الوقف».

ایشان می گوید اگر انسانی وقف کرد شیئی را بر فرزندش و فرزند فرزندش و بعد هم دیگر چیزی نگفت، نگفت که بعد از انقراض بطن دوم چه بشود، می فرماید هر وقت منقرض شدند و هیچ کس از آنها باقی نماند برمیگردد و میراث می شود بر اقرب الناس من آخر المنقرضین من ارباب الوقف. می گوید میراث برای موقوف علیهم می شود.

کسی هم دیگر تردید در این نکرده است که مقصود ایشان موقوف علیهم است. چون عبارت ایشان روشن است، می گوید «اقرب الناس من آخر المنقرضین من ارباب الوقف».

خب اینکه وقف بشود میراث موقوف علیهم، مسلماً با حبس سازگار نیست. مگر یک دلیل شرعی خاص داشته باشد تا بگوئیم علی رغم اینکه حبس است و از ملک واقف خارج نشده است، در اینجا بالخصوص نحوه این ارث تخصیص خورده است. ولی چنین دلیلی واقعا نداریم. بر حسب قواعد اگر این حبس بود و در ملک واقف باقی بود، بعد از انقراض بطون وجهی نداشت که به ورثه موقوف علیهم برسد، چون ترکه آنها محسوب نمی شود، ملک آنها نبوده است که بگوئیم این ترکه منقرضین است و لذا باید به ورثه منقرضین که همان موقوف علیهم است برسد. بلکه این به ملک مالک باقی است و ترکه ورثه واقف می شود.

بنابراین تقریباً می شود گفت آنچه که از این عبارت به دست می آید لازمه انحصاری زمانی است که وقف صحیح باشد و تملیک به موقوف علیهم صورت گرفته باشد، از ملک واقف خارج شده باشد و داخل در ملک موقوف علیهم شده باشد، تا ملک ورثه موقوف علیهم شود.

تصریح ابن ادریس به صحت وقفا

مرحوم ابن ادریس هم همین فرمایش شیخ مفید را نقل می کند با تفصیل بیشتر و روشتر. ایشان در سرائر می فرماید:^۱
«و متی وقف الانسان شیئا فی وجه من الوجوه أو علی قوم باعیانهم و لم یشرط بعد انقراضهم عوده علی شیء بعینه، کان متی انقرضوا ولم یبق منهم احد راجعا میراثا علی اقرب الناس من آخر المنقرضین من ارباب الموقوف علیهم». اینجا

^۱ - سرائر جلد ۳ صفحه ۱۶۵

تقریباً عین همان حرف است با یک اختلاف کوچکی در بعضی عبارات، آنجا ارباب الوقف داشت اینجا ارباب موقوف علیهم دارد، و امثال این.

منتهی ایشان اینجا استدلال هم می کند بر فرمایش شیخ مفید، می فرماید: «لأنه مال من اموال الموقوف علیهم یورث كما یورث سائر الاملاک و الاموال و لایجوز عوده علی ورثة الواقف و لا علی الواقف نفسه بحال من الاحوال».

می گوید این مال موقوف علیهم است، ولذا ورثه موقوف علیهم از این موقوف علیهم ارث می برند. مثل بقیه اموال و املاکی که اینها دارند. و جائز نیست عود این مال به واقف و ورثه واقف بحال من الاحوال چرا؟

می فرماید: چون «لأنه بالوقف خرج عن ملکه و انتقل الی ملک الموقوف علیه بغیر خلاف بیننا». می گوید با وقف این خارج می شود از ملک واقف و داخل می شود در ملک موقوف علیهم بغیر خلاف بیننا. «فعوده الیه بعد ذلک یحتاج الی دلیل». برگشتن از ملک موقوف علیهم به واقف دلیل می خواهد. «ولا دلیل علیه من کتاب و لا سنة و لا اجماع منعقد، و هذا مذهب شیخنا المفید محمد بن محمد بن نعمان فی مقنعتہ».

اشکال سرائر بر کلام شیخ ره در خلاف

بعد ایشان عبارت شیخ طوسی را نقل می کند، ولی می فرماید «و هذا قول مرغوب عنه، لانه لا دلیل علیه بحال». بعد کلام خلاف شیخ را نقل می کند و نفی می کند. و آخرش هم می فرماید: ما عین استدلال ایشان را - که فرموده دلیلی نه از شرع و نه غیر شرع وجود ندارد که به وجوه بزرگردد - بر علیه خودشان به کار می بریم، می گوئیم شما هم دلیلی بر عود به واقف و ورثه واقف ندارید، بعد هم می فرماید «ونکیل له بصاعه حرفا فحرفا»، با همان میزان خودش به خودش جواب می دهیم حرفا بحرف، «والله الموفق للصواب».

البته یک جاهایی از فرمایش ایشان قابل خدشه است بنابر آنچه بعداً به تفصیل در کلام مرحوم آخوند خراسانی و سید صاحب عروه ره می آوریم حتی بنابر خروج از ملک وجهی برای رجوع ملک به واقف و ورثه واقف وجود دارد که بیانش خواهد آمد.

ادعای عدم خلاف در خروج از ملک واقف و دخول در ملک موقوف علیهم در کلام سرائر

یک نکته ای که در کلام ایشان علاوه بر بحث ما وجود دارد خوب است برای بحث آتی ان شاء الله یاد دوستان باشد این است که: ایشان خروج از ملک واقف و ورود در ملک موقوف علیهم را مسلم گرفته می گوید بغیر خلاف بیننا.

این مطلب مهمی است. ابن اردیس در قرن ششم می فرماید: که بغیر خلاف بیننا در وقف از ملک واقف خارج می شود و در ملک موقوف علیهم وارد می شود. به عنوان یک شهادت بر یک بغیر خلاف بیننا قابل توجه است. چون در بحثهای آتی یکی از بحثهای مهم و معرکه آراء این است که تکلیف ملکیت در وقف چه می شود؟ آیا از ملک واقف خارج می شود؟ یا در ملک او باقی می ماند؟

برخی خروج از ملک واقف را مسلم گرفته اند، اما ورود در ملک موقوف علیهم را قبول ندارند و می گویند ثابت نیست، و لذا اختلاف آراء عجیبی در این مسأله وجود دارد که به آن می رسیم. ولی این یک نکته مهمی است که ایشان شهادت می دهد که بغیر خلاف بیننا در وقف خارج می شود از ملک واقف. که این یک تحقیق مستقلی لازم دارد.

پس ابن اردیس هم با این بیانش تقریباً تصریح کرده است به اینکه وقف وقفا صحیح است. وقف را صحیح هم می داند. منتهی در قبال حبس وقفا صحیح است، چون استدلال می کند به این وجه، ولی روشن می شود مقصودش این است که از ملک واقف خارج و در ملک موقوف علیهم وارد می شود، و لذا ورثه موقوف علیهم ارث می برند.

اقوال دال بر صحت حبسا

اما نسبت به قول به اینکه صحت حبسا می شود، عبارتهای مفتاح الکرامه را خواندیم. بیش از ده کتاب را ایشان نقل می کند که تصریح می کنند به اینکه حبسا صحیح است، و به برخی از کتب هم ایشان اجتهادی نسبت داده است. که البته این اجتهاد قابل خدشه است و روشن نیست که واقعا مقصودشان این باشد.

حالا ما چند عبارت را که قائل به صحت حبسا شده اند می خوانیم و از این نقل اقوال بیرون می رویم:

عبارات مرحوم علامه

مرحوم علامه در ارشاد می فرماید^۱:

«ولو وقف علی من ینقرض غالبا صح حبسا علیهم و رجع الی الواقف مع انقراضهم أو علی ورثه علی رأی».

می گوید اگر وقف کنند بر کسانی که ینقرض غالبا، صح حبسا علیهم، تصریح می کند به حبس.

^۱ ارشاد الذهان جلد ۱ صفحه ۴۵۲

ایشان در قواعد می فرماید^۱:

«ولو وقفه علی من ینقرض غالبا و لم یذكر المصرف كما لو وقف علی اولاده و اقتصر أو ساقه الی بطون تنقرض غالبا فالأقرب أنه حبس یرجع الیه أو الی ورثته بعد انقراضهم».

اینجا هم مرحوم علامه تصریح می کند به این مسئله.

ایشان در مختلف فرموده است^۲: «فلو وقف علی من ینقرض غالبا کاولاده و اولاد اولاده و لم یجعله منتهیا الی الفقراء و المساکین أو المساجد أو المشاهد أو غیرهما ممّا لا ینقرض (اینجا اختلاف نظر را آورده است می گوید: قال الشیخان و ابن الجنید: یصح الوقف، و به قال سائر و ابن البراج و ابن إدیس».

بعد می آید از شیخ مطلبی را نقل می کند. از شیخ نقل می کند که «فمن أصحابنا من قال: لا یصح الوقف، و منهم من قال: یصح. و الوجه عندي الصحة». این عبارت «و الوجه عندي الصحة» ظاهرا عبارت و نظر خود علامه باشد.

بعد استدلال می کند می فرماید: «لنا: أنه نوع تملیک و صدقة، فیتبع اختیار المالك فی التخصیص».

ایشان در اصل اینکه صحیح است شکی ندارد. در مختلف فرموده صحیح است. منتهی آیا صحت وقفا است یا صحت حبسا است؟ بنابر اینکه در وقف تملیک حاصل می شود در حبس نمی شود کما اینکه روشن است، (گرچه در تحریر الوسیله در بعضی فروض تأملی فرموده اند که انشاء الله بحثش خواهد آمد)، واضح است که اصلا فارق حبس با وقف این است که در حبس در ملک مالک باقی است و فقط منفعت را منتقل کرده است به موقوف علیهم، حتی برخی استفاده هایی که از عین می شود که مانع انتفاع موقوف علیهم نباشد مانعی ندارد. تصرفات حابس در ما یحبس اشکالی ندارد به شرطی که منافاتی با استفاده محبوس علیهم نداشته باشد. اما در وقف واقف حق ندارد استفاده کند از این عین، حتی اگر منافاتی با استفاده موقوف علیهم هم نداشته باشد. بنابراین بین وقف و حبس این جهت روشن است. در وقف بنابر اینکه تملیک باشد، اینجا مرحوم علامه تصریح کرده نوع تملیک و صدقة فیتبع اختیار المالك، تصریح می کند که اینجا تملیک حاصل می شود، پس واضح است که ایشان اگر می گوید یصح، یعنی یصح وقفا نه یصح حبسا. این از جاهایی نیست که ما بتوانیم عبارت یصح را حمل بر دو بیان مختلف کنیم، بلکه لازمه کلامشان این است که یصح وقفا.

^۱ - قواعد الاحکام جلد ۲ صفحه ۳۸۸

^۲ - مختلف الشیعة جلد ۶ صفحه ۳۰۲

عبارت فخر المحققین

صاحب ایضاح تقریباً کلام والدشان علامه را بعینه نقل می کند و می فرماید: ^۱ «والاصح صحته حبسا، لنا أنه نوع تمليك». مگر اینکه کسی بیاید این را حمل کند بر تمليك منفعت نه تمليك خود عین. والا اگر تمليك شد با حبس چطور جور می آید؟

عبارت شهید اول در دروس

مرحوم شهید اول در دروس می فرماید: ^۲ «و لو وقفه علی من ینقرض غالباً جرى علیه، فلو لم ینقرض استمر، و إن انقرض، قبل: برجوعه إلى الواقف أو وارثه حين انقراض الموقوف علیه».

این خیلی روشن نیست. اگر وقف بر من ینقرض شد جرى علیه، یعنی این وقف را عمل می کنند، آنوقت اگر منقرض نشدند که می گوید استمرار پیدا می کند، اگر منقرض شدند بگوئی بر می گردد بحث آتی است.

حالا این عبارت دال بر چیست؟

بیان مفتاح الکرامه در تبیین مقصود شهید اول

صاحب مفتاح الکرامه ره می گوید: عبارت دروس محتمل هر دو نظر است که این صحت وقفا باشد یا صحت حبسا باشد، با هر دو سازگار است، و این روشن نیست که حتما مقصود این باشد که این حبس باشد.

منتهی یک نکته ای که وجود دارد این است که در دروس اول راجع به اقتران به مدت گفته بود: «فلو قرنه بمدة كان حبسا فيبطل بانقراضها، و لو وقفه علی من ینقرض غالباً جرى علیه...». این اختلاف تعبیر قابل توجه است. در مورد اقتران به مدت می گوید حبس است. در اینجا در من ینقرض می گوید جرى علیه. جرى علیه آیا همان است که بگوئیم به مقتضای آن عمل می کند تا زمان انقراض، اگر منقرض نشد که استمرار دارد، و اگر منقرض شد به چه کسی برمی گردد که بحث آتی است. از این اختلاف تعبیر اگر بتوانیم چیزی استفاده کنیم می گوئیم پس جرى علیه یعنی وقف صحیح است، یا نه

^۱ - ایضاح الفوائد جلد ۲ صفحه ۳۷۹

^۲ - دروس جلد ۲ صفحه ۲۶۴

بگوئیم یک تغییر عبارتی است، جری علیه یعنی این انتفاع را موقوف علیهم می برند تا زمان انقضاء. هم حبس باشد اینطور است که جری علیه، و هم حبس باشد به معنای خاصش باز جری علیه. پس جری علیه یک عبارت اعمی است. صاحب مفتاح الکرامة هم می فرماید همینطور است، یعنی این اعم است و دلیلی بر این نمی شود که این ملک باشد یا حبس باشد.

بعد ایشان نقل می کند می فرماید^۱: «و قد فهم من الدروس صاحب جامع المقاصد أنه یكون حبسا». می گوید {محقق کرکی} از این عبارت فهمیده است که حبس است. در حالی که واقعا ظهوری در حبس از این جهت ندارد. مگر از این جهت که بعدا ایشان گفته باشد که به {ملک} ورثه موقوف علیهم یا واقف می رود. در حالی که این را هم نگفته است. ایشان هر دو طرف را فرموده است. ولذا مرحوم صاحب مفتاح الکرامة در یک عبارت مجملی می فرماید: «و لا ترجیح فی کشف الرموز و لا فی الدروس اصلا». یعنی هر دو {احتمال} را نقل کرده اند که به ورثه موقوف علیهم برسد یا به ورثه واقف، هیچ ترجیحی هم نداده اند. پس از کجا می شود فهمید که اینها قائل به حبس هستند نه وقف صحیح؟ این روشن نیست.

ظاهرا عبارت ایشان تعریض است به صاحب جامع المقاصد که شما از کجا فهمیدید که شهید در دروس قائل به این مطلب شده است؟

عبارت شهید ثانی در روضه و مسالک

شهید ثانی ره هم در روضه و هم در مسالک تقریب تصریح دارد به اینکه این صحیح است حبسا. در روضه (شرح لمعه) فرموده است^۲:

«من الشرائط الدوام فلو قرنه بمدة أو جعله علی من ینقرض غالبا لم یکن وقفا والاقوی صحته حبسا یبطل بانقضائها». این دیگر تصریح به این است که این حبس است.

در مسالک هم شبیه به همین مطلب را آورده است. فرموده^۳: «والقول بالصحة حسن».

^۱ - مفتاح الکرامة جلد ۲۱ صفحه ۴۶۷

^۲ - الروضة البهیة (کلاتر) جلد ۳ صفحه ۱۶۹

^۳ - مسالک الافهام جلد ۵ صفحه ۳۵۵

منتهی فرق مطلب مسالک با روضه این است که: در روضه تصریح می کند که لم یکن وقفا و الاقوی صحته حبسا. اما در مسالک می گوید قول به صحت حسن است. منتهی بعد می گوید ظاهرا فرقی بین وقف و حبس پیدا نمی شود مگر در مثل نذر یا در مورد نیت. در مورد نیت بخاطر اینکه بعدا چه قصدی می خواهد بکند.

شهید ثانی در بحث توقیت فرموده بود که اگر قصد کند وقف را حقیقتا و بگوید وقت لزید الی سنة این باطل. چرا؟ چون نمی شود. وقتی که تأیید به معنای عدم اقتران به مدت شرط باشد و این آقا در مقام ایجاد سبب به نحو قطعی تقیید به مدت را بیاورد، با اینکه ما می دانیم وقف یک ماهیتی است که نباید به مدت مقترن باشد، حب این وقف واقع نمی شود. تصریح کرد صاحب مسالک ره که باطل است. اینجا ایشان می فرماید در فرق بین وقف و حبس اثری وجود ندارد. چون چه وقف باشد و چه حبس باشد ایشان می گوید باید برگردد به واقف و ورثه واقف، اثری در اینجا وجود ندارد. بعد می گوید مگر در نیت. که ظاهرا ایشان است که فرموده مگر در نیت. ولی نه ایشان ظاهرا نگفته است نیت را. نیت مال صاحب ریاض است که اگر وقت شد بعدا عرض می کنیم.

پس بنابر این، این فرمایش مسالک هم که می فرماید صحت، در مسالک فرمایششان با روضه قدری فرق دارد، ولی ایشان که فرقی نمی گذارد بین وقف و حبس، منتهی در روضه می گوید یبطل وقفا و یصح حبسا. این مجموعه ای بود از کلمات.

البته کلمات دیگری هم وجود دارد. ما فقط خواستیم هم دوستان در این فضای مسئله و اقوال فقهاء واقع بشوند، و همچنین در مورد یک اجماعی که ما بعدا می خواهیم علیه بطلان به دست بیاوریم آنجا هم این اثر گذار است. انشاء الله تا ادله صحت وقفا یا حبسا، که جلسه بعد پیگیری می کنیم. و السلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۱۵
- خلاصه گذشته..... ۱۵
- ادله اقوال ثلاثه..... ۱۵
- بررسی ادله بطلان وقف مشتمل بر توقیت..... ۱۵
- دلیل اول: اخذ تأیید در مفهوم وقف..... ۱۶
- استدلال میرزای قمی بر اخذ تأیید در مفهوم وقف..... ۱۶
- انکار بدون استدلال سید یزدی نسبت به اخذ تأیید در مفهوم وقف..... ۱۷
- انکار آیت الله سبحانی با استدلال به ایقاف بودن حقیقت وقف..... ۱۸
- وجود مغالطه در استدلال بر ماهیت حقوقی با معنای عرفی..... ۱۸
- عدم ارتباط معنای عرفی اولی با ماهیت اعتباری..... ۱۹
- وجود مغالطه در استدلال بر اثبات مانند استدلال بر نفی..... ۲۱
- انتزاع مفهوم ثانوی از سبب معاملی متفاوت با مفهوم ابتدائی عرفی..... ۲۱
- تحقق اشتراک لفظی بین دو معنا..... ۲۲
- عدم امکان تمسک به عمومات برای تصحیح وقف..... ۲۳
- وجه اول: عدم وجود عمومات..... ۲۳
- وجه دوم: اجمال روایات..... ۲۴
- وجه سوم: عدم کشف انطباق مفهوم بر موارد..... ۲۴

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه گذشته

بحث ما در مسأله شانزدهم تحریر بود که لو وقف علی من ینقرض کما إذا وقف علی اولاده واقتصر علی بطن أو بطون ممن ینقرض غالباً و لم يذكر المصرف بعد انقراضهم، تکلیف چیست، آیا وقف صحیح است، یا وقف صحیح نیست و حبس است، یا هیچکدام نیست و بطلان من رأس است. در متن اختیار فرمودند که اقوی همین قول اول است که صحت وقف است.

ما جلسه گذشته اقوال را تا زمان شهید فی الجمله بررسی کردیم. هم قول به صحت وقفا را که عمده اش قول شیخ مفید در مقنعه و قول ابن ادریس بود و هم قول به صحت حبسا که در کلمات متعدد بالصراحة آمده بود مثل کلمات علامه و شهید وبالخصوص شهید ثانی. و کلمات عده زیادی از فقهاء رانیز حمل کرده اند بر همین نظر از باب اینکه قائل به عود وقف بعد الانقراض به واقف و ورثه واقف شده اند. که عرض کردیم این قابل تأمل است چون فروض دیگری هم برای این نظر می توان تصویر کرد.

ادله اقوال ثلاثه

اقوالی را که دیدیم برای احراز وجود اجماع در مسأله مهم است که بحث های آن خواهد آمد. حال بپردازیم به ادله هر یک از اقوال سه گانه. استدلالهای در مقام چند جور است؛ ما اول استدلالهایی را که بر بطلان وقف می شد بررسی کنیم

بررسی ادله بطلان وقف مشتمل بر توقیت

در فرع گذشته یعنی مسأله پانزدهم که بحث تأبید به معنای عدم توقیت بود. ادله بر بطلان متعدد بود.

یک دلیل این بود که: در مفهوم وقف، ابد و تأبید و عدم ذکر مدت اخذ شده است.

دلیل دوم: اجماع بود.

دلیل سوم: بحث از باب قدر متیقن بود.

دلیل چهارم: بحث فرمایش شیخ بود که فرموده بود که اصلاً ملکیت قابل برای توقیت نیست. و در کلام بعضی از سابقین بر شیخ ره مثل مسالک و جاهای دیگر اشاره مائی شاید به این مسأله شده بود. اما کتابی که ما یافتیم که به تفصیل این مسأله را بحث کرده باشد فرمایش مرحوم شیخ بود در تقریراتی که میرزا حبیب الله رشتی از ایشان داشت. و این فرمایش شیخ ره مورد نقادی بسیار مفصل مرحوم آخوند واقع شد. و البته آن نقدی که مرحوم آخوند داشت شبیهش را هم مرحوم سید بالاجمال در ظرف یکی دو سطر ایشان هم قبول داشت.

پس در آنجا اقلاً چهار دلیل هست. این ادله باید بررسی بشود.

دلیل اول: اخذ تأیید در مفهوم وقف

برخی در مقام بیان صحت فقط رفته اند سراغ همینکه در مفهوم وقف تأیید اخذ نشده است. در حالی که ما ادله دیگر هم داریم. اینطور نیست که فقط دلیل همین باشد که در مفهوم وقف تأیید شرط شده است یا نه.

حالا این مسأله که در مفهوم وقف تأیید نیست، این در فرمایش فقهاء متعددی آمده است. در کلام مرحوم سید که به روشنی آمده است. و عده ای از فقهاء از او تبعیت کرده اند، من جمله برخی از علماء معاصر که آورده اند، و قبل از این بزرگواران هم بوده اند کسانی که اینها را بحث کرده اند.

استدلال میرزای قمی بر اخذ تأیید در مفهوم وقف

مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات تصریح می کند که بعید نیست که در مفهوم وقف تأیید اخذ شده باشد. از بعضی از روایات هم همین را استفاده می کند، که می گوید از اینها استفاده می شود که در مفهوم وقف تأیید نهفته است. ایشان در جامع الشتات در یک جا در مقام بیان فرق بین فرع قبلی یعنی مسأله پانزدهم تحریر و فرع حاضر که مسأله شانزدهم باشد فرموده^۱:

^۱ - جامع الشتات جلد ۴ صفحه ۷۱

«و شاید وجه فرق این باشد که چون تأبید در مفهوم وقف داخل است پس تصریح به اینکه وقف کردم این خانه را بر فقراء تا یک سال مثلاً، مناقض قصد وقف حقیقی است در نفس الامر و در نظر واقف هر دو».

که بعد ایشان توضیحی راجع به این بحث می فرماید.

در جای دیگری ایشان چند تا خبر را نقل می کند می فرماید:

«که از تتبع این اخبار ظاهر می شود که در مفهوم وقف تأبید معتبر است». می فرماید از این روایت عجلان ابی صالح که در کافی و تهذیب مذکور است که سند روایت تهذیب را هم ایشان می گوید معتبر است، و روایات دیگری هم هست که مفادش همین است که چون به طول می انجامد ما ذکر نمی کنیم، که از تتبع آنها ظاهر می شود که در مفهوم وقف تأبید معتبر است.

پس یک عده ای از فقهاء اینطور قائلند که در مفهوم وقف تأبید هست.

مرحوم سید منکر است، برخی از بزرگواران دیگر هم همینطور. چرا منکر هستند؟

انکار بدون استدلال سید یزدی نسبت به اخذ تأبید در مفهوم وقف

مرحوم سید چیزی نیاورده است. در این مسأله ما که مسأله دهم تکمله عروه است فرموده است: «و دعوی أن الوقف لا یصدق الا مع التأبید فهو معتبر فی مفهومه قد عرفت منعها». در اینجا این را فرموده است.

در دو صفحه قبل که شروع در فرع قبلی است که بحث تأبید به معنای عدم توقیت است، آنجا می فرماید: این ادعا که در مفهوم وقف تأبید نفهته باشد کما تری.

هیچ استدلالی ایشان ندارد بر این مطلب که چرا اخذ نشده است. شاید به همین تعبیر هم آورده باشد که وقف حقیقتش ایقاف است. که بعداً ایشان بعضی جاها این مطلب را آورده است.

۱- جامع الشتات جلد ۴ صفحه ۷۴

۲- تکملة العروة جلد ۲ صفحه ۱۹۴

۳- همان صفحه ۱۹۲

انکار آیت الله سبحانی با استدلال به ایقاف بودن حقیقت وقف

برخی از علماء معاصر این مسأله را برگردانده اند به همین مبنا که وقف عبارة عن ایقاف للموقوف علیهم.

در کتاب احکام وقف در شریعت اسلامیة غراء فرموده اند:^۱ «وجه الصحة (یعنی صحت وقفا) ما تقدم من أن الوقف عبارة عن ایقاف الموقوف للموقوف علیه لیتنفع بمنافعه، و اما التأیید فلیس داخلا فی مفهومه و لیس مقوما له، غاية الامر أنه لو قیده بالتأیید كما فی صدقات اهل البيت علیهم السلام أو اطلق كان للموقوف علیه استمراره عبر الزمان یتفاد منه التأیید. و الا یكون المنع محمدا...».

می گویند حقیقت وقف ایقاف است، و در ایقاف نخواهیده است تأیید. بله اگر تصریح کنند به تأیید یا مطلق بگذارند وقف را، ممکن است بگوئیم از آن تأیید فهمیده می شود. والا منعی که از وقف استفاده می شود محدود است و منافاتی هم ندارد که علی من ینقرض باشد.

عرض شد که مرحوم سید لاقفل اینجا بیان نمی کند که چرا مفهوم وقف متقوم به تأیید نیست. در صفحه ۱۹۲ هم می فرماید این ادعا کما تری است. خب در اینکه استدلال نهفته نیست.

ولی در این کتاب این عالم بزرگوار در مقام استدلال، عدم اخذ تأیید در مفهوم وقف را از این جهت می گویند که وقف عبارت است از ایقاف موقوف للموقوف علیه. معنای وقف و حقیقتش ایقاف است، بنابراین اما التأیید فلیس داخلا فی مفهومه و لیس مقوما له.

وجود مغالطه در استدلال بر ماهیت حقوقی با معنای عرفی

اینجا یک بحث فوق العاده دقیقی وجود دارد. به نظر من اینجور استدلالها که مرحوم سید در اینجا کرده، و اتفاقاً اینکه وقف ایقاف است در متن تحریر الوسیله هم آمده است که انشاءالله در فروع آتی می آید و قبلاً هم در تعریف وقف اشاره کردیم و دیگران هم تبعیت کرده اند، به نظر من متضمن یک مغالطه است. و این نحوه استدلال فقط در اینجا نیست، در جاهای دیگر هم این نحوه استدلالها می شود.

^۱ - احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة الغراء صفحه ۵۵

من از دوستان می خواهم که یک دقتی کنند یک مسأله ای را باید اینجا حل کنیم، که اگر اینجا حل بشود خیلی از جاهای دیگر هم روشن می شود که این نحوه استدلال متضمن یک مغالطه است.

در معاملات ما گاهی یک مفهوم عرفی اولیه داریم، مثلاً صلح، صلح در فارسی به معنای آشتی کردن است. و این مفهوم به هر دلیلی به تناسباتی که عرف می دیده است و غیره، انشاء شده است در یک عقدی که بعداً به عقد صلح مشهور شده است. و این عقد آثاری دارد. عقلاء یک نهاد حقوقی را وضع کرده اند به معنای صلح، که اگر دو طرف با هم صلح کردند، یا یک طرف مصالحه کرد با طرف دیگر و آن طرف هم قبول کرد، این موضوع آثاری عقلانی شود.

در مقام ایجاد این نهاد حقوقی که می خواهد موضوع آثار واقع بشود، انشاء می کنند مفهوم صلح را. که مفهوم صلح در ابتدا به معنای آشتی کردن بوده است.

عدم ارتباط معنای عرفی اولی با ماهیت اعتباری

اینجا یک پدیده دشواری رخ می دهد. اصلاً اینکه ما چه مفهومی را انشاء کنیم برای موضوع آثار عقلانی، واقعاً مهم نیست. کما اینکه در اوائل سال گذشته در تعریف همین بحث وقف و همینطور در بحث اصولی به تناسب این را عرض کرده بودیم^۱ که اصلاً در اعتباریات و انشائیات اهمیت چندانی ندارد که شما چه مفهومی را اعتبار می کنید یا چه مفهومی را انشاء می کنید تا موضوع آثار واقع بشود. بله! نوعی تناسب عرفی و ذوقی وجود دارد. ما اگر می خواهیم نهاد صلح را به عنوان یک واقعیت عقلانی مطرح کنیم و موضوع آثار قرار بدهیم، مثلاً بجای صلح، دیوار را انشاء کنیم خب این تناسبی ندارد، یا فرض کنید برای صلح مفهوم بینونت را (مثل طلاق) انشاء کنیم، این برای صلح معنا {و به تعبیر مناسب تر تناسب} ندارد. اینکه می گوئیم معنا ندارد یعنی {مطابق} ذوق نیست، والا هیچ محالیتی ندارد که در مقام صلح طلق تک بگوید. خب بگوید. یعنی یک مفهومی را انشاء می کند، عقلاء می گویند هر وقت این مفهوم انشاء شد و قصودی همراهش بود (که چند نوع قصد لازم است که بعد توضیح می دهیم) این، موضوع آثار عقلانی قرار می گیرد. اینکه ما مفهوم صلح را برای آن صلح حقوقی که موضوع آثار است قرار می دهیم تناسب ذوقی است، والا هیچ ضرورتی نیست که اقتضاء این جهت کند. ما یک مفهوم صلح ابتدائی عرفی داریم به معنای آشتی کردن، این را انشاء می کنیم با چند جور قصد، قصد خود این مفهوم هست، قصد واقع شدن آن ماهیت عقلانی و حقوقی هست، وقتی این قصود از ناحیه مصالح یا متصالح حاصل می

^۱ رجوع کنید به فلسفه علم اصول ج ۵ ص ۱۹ تحت عنوان «مهم نبودن بحث از مفهوم اعتبار شده در اعتباریات»

شود و مورد قبول طرف قرار می گیرد، آنوقت می شود موضوع آثار عقلانی در صلح. یک پدیده حقوقی رخ می دهد، و در صورتی که توسط شاع امضاء شده باشد آثار شرعی هم دارد.

خوب دقت کنید، بحث من این است که اینجا یک مغالطه ای صورت گرفته است. بین معنای عرفی این لفظ که صلح باشد و آن پدیده حقوقی هیچ رابطه منطقی ای وجود ندارد، که بگوئید وقف به معنای ایقاف است بنابر این در ماهیت وقف بحث تأیید نفهته نیست. خب چرا؟! خلط همینجا رخ می دهد.

ما یک ماهیتی داریم که باید ببینیم چه مقوماتی دارد. کشف این مقومات هیچ ربطی به معنای لفظ وقف ندارد. وقف به معنای ایقاف است، باشد، وقف یعنی ایستادن، یعنی چیزی را ثابت و ساکن کردن. بله معنای لغوی وقف است. در این معنا که ساکن کردن است تأیید نیست. خب واضح است. می گوید وقفه ساعة، لحظه ای یا ساعتی موجب شد او از حرکت باز بایستد. این درست است. اما از این چه می خواهید نتیجه بگیرید؟ آیا می خواهید نتیجه بگیرید که آن نهاد عقلانی که موضوع آثار است به معنای آنچه که در وقف است در او تأیید شرط نشده است، این خیلی مغالطه عجیبی است. که متأسفانه در کلام سید هم هست، شاید در متن تحریر هم رخ داده، در جاهای دیگر هم هست. شما از معنای لفظ وقف به معنای ایقاف نمی توانید بفهمید که آیا در ماهیت آن پدیده حقوقی که بین العقلاء هست و شارع هم امضاء کرده است یا خود شارع تأسیس کرده است، آیا در او اشتراط تأیید شده است یا نه. ما الان که بحث می کنیم راجع به این است که آیا شرط است تأیید در وقف به معنای عدم التوقیت که فرع پانزدهم بود یا به معنای اینکه انقطاع پیدا نکند و به صورت منقطع الآخر نشود که فرع فعلی ما است. بحث ما یک بحث ماهوی است که آیا آن نهادی که عقلاء به نام وقف دارند یا شارع تأسیس کرده است چه چیزهایی در آن اخذ کرده است؟ آیا کما اینکه تنجیز در آن شرط است، کما اینکه در سببش باید انشاء باشد، آیا در آن عدم الانقطاع اخذ شده است یا نشده است. بحث این است. شما هم برای استدلال فرمودید که ما قبلاً گفتیم که وقف به معنای ایقاف است، عبارة عن الايقاف، ایقاف موقوف للموقوف علیه لیتفع به. اگر مقصودتان معنای لفظ وقف است، خب می گوئیم از این چه استفاده ای می شود. اگر مقصودتان این است که وقف به معنای ایقاف است یعنی ماهیتش ایقاف است، خب ایقاف و وقف فرقی نکردند. شما چه چیزی را در حقیقت آن نهاد عقلانی تبیین فرمودید که می فرمایید وقف ایقاف است؟ البته عبارت سید هم هست که در بحثهای آتی هم می آید.

عرض من این است که در اینجا یک مغالطه روشنی رخ داده است. عقلاء یک نهادهایی دارند مثل زوجیت، مثل بیع، مثل صلح و غیره. اینها یک اسبابی هستند برای ترتیب یک مسبباتی. اینکه در این سبب چه چیزی اخذ شده است با معنای لفظ عرفی (عرفی ابتدائی عرض می کنم چون یک بحث دیگری داریم خلط نشود) با معنای لفظ عرفا ابتداء (مثل صلح به

معنای آشتی کردن) با این هیچ تلازم منطقی ندارد. چرا؟ چون یک معنای عرفی است، عقلاء می گویند هر وقت این معنا را انشاء کردیم (به هر بیانی که ما در حقیقت انشاء داریم، مثلاً ایجاد کردیم معنا را باللفظ مثلاً به قصد خاص) می شود موضوع یک آثار عقلائی. آن پدیده حقوقی همان است که انشاء مفهوم است، قصدهای خاص می خواهد، شرط تنجیز مثلاً در آن هست، شرطهای دیگر هست تا در یک مسببی اثر کند.

شما در این مقام که الان مقام ما است اینجور استدلال می کنید مغالطه است. می گوئید در مفهوم وقف تأیید داخل نیست چون وقف به معنای ایقاف است. گوئی می خواهید بگوئید مفهوم وقف به معنای ایستاندن است و در این تأیید نیست. خب بله در این مفهوم تأیید نیست اما چه چیزی می خواهید استفاده کنید؟!

وجود مغالطه در استدلال بر اثبات مانند استدلال بر نفی

من می خواهم از اینجا یک نکته دیگر هم اضافه کنم: حتی مثبتین هم دچار این مغالطه شده اند. آنهایی که می گویند در معنای وقف تأیید نهفته است، می خواهند از این چه استفاده ای کنند؟ آیا می خواهند بگویند در آن ماهیت هم نهفته است؟ از کجا؟

بله! تناسب ذوقی همین را می گوید که اگر در مفهوم وقف تأیید نهفته باشد و من انشاء کنم این مفهوم را، تناسب این است که پس در ماهیتش هم دخیل باشد. و الا هیچ ضرورت منطقی و لزوم منطقی در کار نیست. شاید یک استظهار عرفی بشود ولی اصلاً چنین تلازمی واقعی وجود ندارد. من می توانم با این مفهوم انشاء کنم ولی عقلاء یا شارع بگویند هر وقت این مفهوم را که در آن تأیید هم نهفته است انشاء کردی ما وقف خاص را قرار می دهیم، اصلاً نتیجه اش وقف الی مدة بشود، چه مانع ثبوتی دارد؟

پس مثبتین هم همین اشتباه را کرده اند که آمده اند می گویند در معنای وقف نهفته است.

من این حرفهایی که می زنم در قیاس بین مفهوم عرفی اولیه وقف است که می گویند به معنای ایقاف است، یا صلح است که آشتی دادن است، یا زوجیت است که به معنای معیت و کنار هم بودن است.

انتزاع مفهوم ثانوی از سبب معاملی متفاوت با مفهوم ابتدائی عرفی

اما در باب معاملات بعد از اینکه با انشاء مفاهیمی و با توأم شدن با شرائطی سبب حاصل می شود و مسبب حاصل می شود عندالعقلاء، آنوقت یک مفهوم دیگری خلق و انتزاع می شود از خود سبب. (این بحث فوق العاده دقیقی است

دوستان دقت کنند همه جا ساری است). مثلاً صلح یک مفهوم عرفی اولی دارد که آشتی کردن است. این مفهوم به هر دلیل ذوقی و تناسبی انشاء شده و جزء سبب قرار گرفته، مسبب حاصل شده است، بعد از مدتی لفظ صلح یک معنای دیگری هم پیدا می کند که عبارت است از اشاره به یک معامله. وقتی می گوئیم صلح داریم اشاره می کنیم به این عقد، (حالا به سبب که ایجاب و قبول است یا مسببش، که فعلاً محل بحث ما نیست) با صلح به این عقد اشاره می کنیم نه به آن مفهوم اولی آشتی کردن. در باب زوجیت هم همینطور است. زوج یعنی کنار هم بودن و معیت. عدد زوج این است که دو پاره اش کنار هم قرار بگیرد. و زوجیت به این معنا است در معنای عرفی اش. بعد همین مفهوم را انشاء کرده اند که زنی و مردی با هم زوج شوند.

بعد از اینکه این واقع شد و انشاء شد، یک مفهومی انتزاع می شود از این عقد، به آن هم زوجیت گفته می شود.

تحقق اشتراک لفظی بین دو معنا

به نظر می رسد {الفاظ بین این دو معنا} مشترک لفظی است. یعنی لفظ زوجیت الان در زمان ما هم به کار برده می شود برای اینکه دلالت کند بر اینکه دو شیء کنار هم باشند، و هم اسم یک عقد است، (یا مسببش یا سببش مهم نیست). مشیر است، یعنی معنایش عبارت است از اشاره به یک عقد و پدیده ای. مفهومش این است.

عرض ما این است که وقتی می گوئیم تأبید دخیل است در مفهوم، مقصود این است که در محکی لفظ وقف که بر معامله ای دلالت می کند اخذ شده. اگر این باشد این یک جوری بیان این است که مقوم است. و الا اگر مقصود این باشد که در صرف مفهوم است یا در مفهوم اولیه عرفی، در هر دو که بگویند به نظر می آید که ما هیچ دلیلی نداریم که اینها ملازم شوند با واقع وقف، و اینکه در واقع آن پدیده عقلانی یک چیزی به نام تأبید اخذ شده باشد.

پس به نظر می رسد که اینجور استدلالها کلاً مغالطی است. یعنی شما از تحلیل مفهوم عرفی اولیه وقف که ایقاف است و روشن شدن اینکه در این ایقاف تأبید نیست، نمی توانید پل بزنید که در واقع وقف به عنوان یک موضوع و پدیده حقوقی و عقلانی که سبب آثاری می شود در آنجا هم دخیل نیست.

عبارتی که ایشان دارد دو تا را به هم عطف کرده است. فرموده^۱: «و اما التأبید فلیس داخلاً فی مفهومه و لیس مقوماً له». اگر مقصود ایشان از مقوم این است که مقوم ماهیت نیست، خب اینکه مصادره به مطلوب است. بحث ما اصلاً همین

۱- احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة الغراء صفحہ ۵۵

است. بحث همین است که آیا در واقع سبب وقفی، دوام اخذ شده است، یا نه انقطاع هم با آن می سازد. بحث این بود. شما می فرمایید لیس مقوما. خب اینکه مصادره به مطلوب است. این مثل این می ماند که شما از اول بفرمایید ما همچنین شرطی نداریم. این چه استدلالی شد در مقابل آنها.

پس بنابر این اگر از طریق معنای لفظ بخواهید جلو بیایید، به شما می گوئیم خیلی خب، در معنای لفظ تأبید نیست، ولی هیچ چیزی از آن اثبات نمی شود که پس در واقع وقف نیست. اگر می خواهید بگوئید که مقوم نیست، خب این عبارت اخراجی این است که در وقف شرط نشده است. دارید ادعا می کنید مصادره به مطلوب است، این چیزی را ثابت نمی کند. بنابراین اینگونه استدلالها کلاً درست نیست.

عدم امکان تمسک به عمومات برای تصحیح وقف

از اینجا ما می خواهیم به یک بحث دشوار دیگری هم برسیم. کثیری از بزرگان در این بحث تمسک کرده اند به عمومات. هم عمومات عام در جای دیگر، مثل اوفوا بالعقود، و هم عمومات خاص در باب وقف مثل الوقوف حسب ما یقفها اهلها.

این البته مبنایی است. مثلاً مرحوم صاحب جواهر هم فرموده اند، مرحوم سید هم از کسانی است که به عمومات تمسک می کند. مرحوم آخوند عموم را از جهاتی قبول ندارد ولی در اینجا قبول کرده بود که می شود در نفی عدم مدت و تأبید می شود به عمومات وقف تمسک کرد. که ما قبلاً بحثش را کردیم.

ما به این تمسکات دو جور اشکال داریم:

وجه اول: عدم وجود عمومات

یک جور اشکال برگشتش به این است که ما همچنین عموماتی نداریم. اما اوفوا بالعقود، از باب اینکه برای ما روشن نشده است که وقف عقد است یا نه. چون روشن نشده، به اوفوا بالعقود نمی توانیم تمسک کنیم. اما مثل «الوقوف حسب ما یقفها اهلها» مفصل بحث کردیم که ما از آن نمی فهمیم که در مقام بیان این باشد که بگوید هرآنچه که آقای واقف گفت در ماهیت عقد هم می تواند دخالت کند و درست باشد. این واقعا نیست. چون اصلاً چنین چیزی رسم نیست که ما بیائیم

یک جور حالت تشریع به واقف بدهیم که واقف بتواند سببیت وقف را هم با نظر و قصد خودش درست کند. بلکه {منظور روایت این است که} بعد از فراغ از اینکه ما برای یک نهاد عقلانی به نام وقف اسبابی {خاص با شرائطش} داریم، واقف می تواند بعضی شرائط خاص را بیاورد و این اشکال ندارد و علی حسب ما یقفها اهلها است.

وجه دوم: اجمال روایات

علاوه بر اینکه ما در بحث روائی اواخر سال گذشته که به تفصیل بحث کردیم عرض کردیم این روایات واقعا اجمالهایی از جهات متعدد دارد که قابلیت تمسک به آنها را ساقط می کند، ولذا نمی توانیم به اینها تمسک کنیم. این یک جور بحثی است که شد.

پس ما اصلا در وجود اطلاقات یا عموماتی که می شود تمسک کرد تشکیک جدی داریم کما اینکه در فرع قبل داشتیم اینجا هم همینطور است.

وجه سوم: عدم کشف انطباق مفهوم بر موارد

اما حالا آن چیزی که الان به بحث ما مربوط است که از اینجا خواستم پل بزنم این است که این بحث امروز ما یک مشکل دیگری را هم ایجاد کرد برای کسانی که می خواهند به عمومات تمسک کنند، که اصلا ما با توجه به تشکیکی که می کنیم که آیا در مفهوم وقف تأیید نهفته یا نه، به معنای اینکه آیا مقوم این ماهیت عقلانی در آن تأیید نهفته یا نه، به معنای همین عدم الانقطاع و در مقابلش انقطاع، این موجب اجمال در تمسک به عموم یا اطلاق هم می شود. در اطلاق ما باید انطباق مفهوم بر مورد را کشف کنیم، قید مازاد را با اطلاق دفع کنیم. در عموم هم همینطور است. باید صدق عموم مسلم باشد، مثلا در اکرم کل عالم باید صدق عالم مسلم باشد اما مثلا اگر شک کنیم که آیا تخصیص خورده است به عالم عادل یا نه مطلق عالم است، اینجا این تخصیص زائد را دفع کنیم. اما اگر احتمال بدهیم که این قید مقوم خود عالم هست دیگر نمی توانیم این کار را انجام بدهیم.

در بحث ما یک مشکل اساسی از این جهت هست که انشاءالله در جلسه بعد به تفصیل بیشتر عرض می کنم. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

| | |
|--|----|
| مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... | ۲۶ |
| خلاصه بحث گذشته | ۲۶ |
| ادامه دلیل اول: اخذ تأیید در مفهوم وقف | ۲۶ |
| بیان اجمالی مغالطه در استدلال به معنای عرفی برای فهم خصوصیت ماهیت حقوقی..... | ۲۶ |
| دخالت شیئی در مفهوم ثانوی منتزع بعید نیست به معنای دخالت در ماهیت باشد..... | ۲۸ |
| مدلول اسماء اجناس و اسماء خاص ماهیت تفصیلی این امور نیست..... | ۲۹ |
| مدلول این دو، مفهومی است که اجمالا حکایت می کند از ماهیت..... | ۲۹ |
| الحاق ماهیات جعلیه به ماهیات واقعیه و طبیعیه | ۳۰ |
| حل مشکل تصویر جامع در بحث صحیح و اعم با این تصویر | ۳۰ |
| شرائط معاملات در واقع ماهیت آنها اخذ می شوند نه در معنای ثانوی حاکی از ماهیت | ۳۱ |
| تلخیص بررسی دلیل اول و ناتمام بودن آن | ۳۱ |
| دلیل دوم بر بطلان: اجماع..... | ۳۲ |
| گزارشی از بحث اجماع در وقف الی مده | ۳۲ |
| عدم تحقق اجماع در وقف علی من ینقرض | ۳۳ |
| دلیل سوم: جریان اصاله الفساد به خاطر عدم وجود عموم و اطلاق..... | ۳۴ |
| بررسی مجدد وجود عمومات عامه و خاصه | ۳۵ |

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض**خلاصه بحث گذشته**

بحث در ادله ای بود که در باب بطلان وقف علی من ینقرض مطرح شده است. بنابر این شد که ابتدا ادله بطلان را بررسی کنیم و سپس به ادله صحت پردازیم. که معمولاً اینها به هم مرتبط هستند.

در مسأله ۱۵ که به بررسی وقف الی مدة می پرداخت چهار دلیل مهم اقامه شده بود (شاید ادله غیر قابل توجه دیگری هم بود، اما چهار دلیل مهم بود که ما عرض کردیم)، در این میان برخی از ادله بر بطلان وقف الی مدة بسیار جدی بود که متأسفانه در آثار متأخر یا مطرح نشده بود یا آنطور که باید به آن پرداخته نشده بود، مثل فرمایش مرحوم شیخ انصاری در عدم امکان توقیت ملکیت.

در ابتدا باید بررسی کنیم که آیا آن ادله در وقف علی من ینقرض نیز جاری است یا نه، پس به بررسی ادله صحت پردازیم.

ادامه دلیل اول: اخذ تأبید در مفهوم وقف

اولین دلیلی که در آنجا مطرح شده بود و در این مسأله نیز مطرح است اخذ تأبید در مفهوم وقف است. گویی مستدل ادعا می کند وقف علی من ینقرض با تأبیدی که در مفهوم وقف اخذ شده است منافات دارد.

برخی هم در جواب فرموده اند: در مفهوم وقف تأبید اخذ نشده است، به این دلیل که وقف به معنای ایقاف است. در جلسه گذشت به تفصیل توضیح دادیم که گوی این سؤال و جواب هر دو بر یک مغالطه مبتنی اند. امروز می خواهیم استدراکی برای این بحث عرض کنیم.

بیان اجمالی مغالطه در استدلال به معنای عرفی برای فهم خصوصیت ماهیت حقوقی

اجمال آن مغالطه‌ای که عرض کردیم این است که: در تمام معاملات مانند وقف، صلح، ازدواج و مانند آن که یا اموری عقلانی هستند که شارع آنها را امضاء کرده و یا شرعی تاسیسی هستند یک سبب و مسبب و تسبیبی وجود دارد که یا نزد عقلاء است و شارع امضاء می کند، و یا گاهی شارع در یک معامله تأسیس آن را انجام می دهد.

مفاهیم الفاظ این معاملات گاهی به این صورت است که یک معنای عرفی ابتدائی دارند که خیلی به معامله فی حد ذاتها دلالتی ندارد. مثلاً صلح یک معنای عرفی اولیه و ابتدائی دارد به معنای آشتی کردن یا به تعبیر مرحوم شیخ انصاری به معنای تجاوز یعنی اغماض کردن و گذشتن و عبور کردن. این معنای عرفی اولیه ای است، معنایش معاملی نیست.

با این معنا انشاء انجام می شود. انشاء این معنا همراه با قصدی خاص لازم است تا سبب عقلانی ایجاد شود و به تبع مسببی حاصل گردد.

آنجا توضیح دادیم اینکه چه معنایی انشاء شود واقعا در وقوع آن نهاد حقوقی یا عرفی و عقلانی که انجام می گیرد و سببیتی که عند العقلاء برای تحقق اثر حاصل می شود اهمیت چندانی ندارد. {عقلا می توانستند} به جای مفهوم صلح عرفی ابتدائی مفهوم دیگری را انشاء کنند. لذا {مفهومی که انشاء می شود} تأثیر چندانی در این مسأله ندارد.

منتهی وقتی این معاملات در میان مردم تحقق پیدا می کند، یک مفهوم ثانوی هم درست می شود که لفظ بیع مثلاً، یا لفظ صلح، یا لفظ وقف، یا لفظ رهن، دلالت می کنند بر مفهوم متزع از این معامله. وقتی گفته می شود صلح، مفهوم صلح در این معنای ثانوی که پدید می آید دلالت می کند بر این معامله. (حال اینکه بر مقام سبب یا بر مقام مسبب، خیلی در بحث ما مهم نیست). صلح می شود دال بر این معامله.

گویی لفظ صلح می شود مشترک لفظی. یک معنای عرفی اولی داشت به معنای آشتی کردن. یک معنای ثانوی پیدا می کند که دال بر یک معامله است.

عرض ما این بود که وقتی شما می گوئید در معنای وقف تأیید نهفته است، اگر مقصودتان آن معنای عرفی باشد، آنوقت به شما جواب می دهند که وقف به معنای ایقاف است. ما گفتیم این جواب مغالطی است. اما این را دقت کنید، در مقام رد اینکه در این مفهوم تأیید نهفته است اشکالی ندارد. اگر کسی ادعا کند در بطن معنای وقف تأیید نهفته است و مقصودش معنای عرفی باشد، اگر کسی در جواب بگوید معنای وقف، ایقاف است، وقف یعنی ایستادن و از حرکت بازداشتن، و در این معنا تأیید نهفته نیست، این غلط نیست درست است. منتهی اشکالی که وجود دارد این است که هم آن مستشکل که می خواهد بطلان وقف را به اخذ تأیید در مفهوم اثبات کند، و هم این جواب که با مستشکل همراهی کرده

است که هر چند در مفهوم عرفی اش دخیل نیست ولی گویی اگر دخیل بود اشکال داشت، این مغالطی است. ما عرضمان این است.

یعنی در مواجهه با چنین شخصی، می گوئیم: دخیل بودن تأیید در معنای عرفی وقف هیچ تأثیری در کشف اخذ تأیید در سبب معامله و واقعه حقوقی ندارد. اخذ شیئی در مفهوم عرفی اولی مثل صلح به معنای آشتی کردن، مثل رهن به معنای وثیقه عرفی، هیچ اثبات نمی کند که این شیء در آن معامله هم دخیل است. مثلاً در وقف، ثابت نمی کند که تأیید در سبب معاملی ما دخیل است، و در تحقق مسبب دخیل است. چون عرض شد که ما با هر مفهومی می توانیم وقف را انشاء کنیم.

بنابر این کسی که می گوید در مفهوم عرفی تأیید اخذ شده، دارد مغالطه می کند. کسی هم که در جواب او می گوید: وقف به معنای ایقاف است و تأیید در آن دخیل نیست، همان مغالطه را مرتکب می شود. چرا؟ برای اینکه دارد با او همراهی می کند در اینکه اگر دخیل باشد اثرگذار است.

ما می خواهیم بگوئیم اگر هم مفهوم وقف به نحوی متقوم بود به تأیید، باز هم اثبات نمی شود که در تسبیب برای یک امر معاملی دخیل است. کسی که در جواب می گوید وقف به معنای ایقاف است، گویی مسایرت کرده است با شخص در اینکه بله اگر در مفهوم دخیل باشد آنوقت تسبیب معاملی هم اشکال پیدا می کند و آنوقت در وقف به معنای آن نهاد حقوقی هم باید دخیل باشد. در حالی که هیچ ملازمه نیست. این آن مغالطه است.

دخالت شیئی در مفهوم ثانوی منتزع بعید نیست به معنای دخالت در ماهیت باشد

بله! بحث دیگری وجود دارد: اگر شیئی در آن مفهوم ثانوی منتزع که عنوان برای معامله می شود دخیل باشد، بعید نیست که آنوقت ما بگوئیم گوئی در ماهیت سبب دخیل است. چون این مفهوم، اصلاً مفهوم منتزع از این معامله است. مفهومی است که می خواهد دلالت کند بر آنچه که تأثیر می گذارد در مسبب. وقتی که شما می گوئید صلح، می خواهید اموری که در صلح دخیل است را بگوئید. (فعلاً بحث ما در مفهوم ثانوی عرفی معاملات است. بحث شرعی نمی کنیم تا بحث صحیح و اعم داخل شود). در معنای ثانوی بیع عرفی (اگر داشته باشد)، معنای ثانوی صلح، معنای ثانوی ازدواج، معنای ثانوی رهن، معنای ثانوی وقف، که نه فقط دلالت می کند همان معنای اولی را، بلکه دال بر یک معامله است. حال

اگر شیئی در این مرحله در معنا دخیل باشد، بعید نیست که بگوئیم معنایش این است که پس در سبب معاملی دخیل بوده است.

ما جلسه گذشته گفتیم حتی انشاء این مفهوم هم تلازم ندارد با اینکه در سبب دخیل باشد. باز هم همین را عرض می کنیم. انشائش تلازم ندارد، اما خود دخالت در مفهوم این کشف می کند که سبب ما متقوم به این امر است مانند دخالت تأبید در وقف. و گر نه نباید در این مفهومی که عرف از معامله انتزاع کرده است دخیل می شد.

مدلول اسماء اجناس و اسماء خاص ماهیت تفصیلی این امور نیست

منتهی بحث فوق العاده مهم و دقیقی اینجا وجود دارد که ما نمی توانیم الان وارد این بحث بشویم، فقط اشاره می کنم: ما در اسماء جنس در اسماء خاص به تفصیل بحث کردیم که خصوصیات ماهوی شیء در معنای لفظ دخیل نیست. این بحث بسیار مهم و دشواری است و متأسفانه این خلط هم در کلمات بسیاری واقع شده است، که گمان می کنند معنای لفظ در اسماء جنس مثلاً آب، تمام خصوصیات آب دخیل است. گاهی اصلاً تصریح می کنند که مدلول لفظ آب ماهیت آب است. ما نمی توانیم این را بپذیریم که مدلول اسماء جنس و اسماء خاص ماهیت تفصیلی این امور باشد. این بحث مفصل است و در کتاب «دلالت و ضرورت» ما به تفصیل این را بحث کرده ایم و آراء تطبیقی متعددی را آنجا طرح کردیم.^۱

مدلول این دو، مفهومی است که اجمالاً حکایت می کند از ماهیت.

آنجا اختیار ما این شده است که مدلول این اسماء، عبارت است از یک امر اجمالی و یک مفهومی که اجمالاً حکایت می کند از ماهیت. مثل چی؟ مثل اینکه شما از دور اشاره کنی به ماهیت. همانطور که اگر شما اشاره کنید به یک ماهیتی با لفظ، شما دارید آن اشاره به یک ماهیتی را انجام می دهید. در این اشاره شما تفصیل ماهیت را اخذ نکردید. اشاره می کنید

^۱ فلسفه تحلیلی ۳؛ دلالت و ضرورت؛ بخش اول: دلالت در اسماء خاص و بخش سوم: اسماء صور نوعیه.

به آن ماهیت هر چه که هست. گوئی ماهیت اشیاء چه ماهیت جزئی باشد و چه ماهیت کلی، اینها طبقه بندی شده است. اگر شما از میان این ماهیات اشاره می کردید به یک ماهیتی، در آن تفصیل آن ماهیت اخذ نشده بود. لفظ، کار همین اشاره را انجام می دهد. آنهایی که می گویند برای ماهیت وضع شده، با یک تسامحی می توانیم بگوئیم ماهیت اجمالی.

منتهی ما در ماهیت اجمال نداریم، بلکه باید بگوئیم ما اشاره می کنیم بالاجمال به ماهیت علی ما هی علیه. ولذا اگر امروز که عقلاء لفظ آب را وضع می کنند برای مفهوم آب، خیال می کنند که آب یک عنصر است، ولی فردا معلوم می عنصر، معنای لفظ آب فرق نمی کند. بعد اگر این کشف واقع شد می گوئیم فهمیدیم که آب مرکب است و عنصر نیست. یعنی معلوم می شود که این خصوصیات نفس الامری یا واقعی اسماء اجناس در مفهوم اینها دخیل نیست.

الحاق ماهیات جعلیه به ماهیات واقعی و طبیعی

همین حرف را ما در ماهیات جعلیه مثل صلاة هم می گوئیم. این هم یک بحث فوق العاده مهم و دشواری است که ما می خواهیم ماهیات جعلیه مانند صلاه را ملحق کنیم به ماهیات طبیعی و واقعی مثل آب و بگوئیم در آنجا هم چنین چیزی رخ داده است. در آنجا گوئی جعل می شود که این یک ماهیت است. حتی در مرکبات اعتباری، مانند دماوند، البته دماوند اسم خاص است، اما موضوع له آن یک کوه است. این کوه یک مرکب اعتباری است از مجموعه ای از اجزاء. گویی ما این مرکب اعتباری را یک ماهیت فرض کردیم و اعتبار کردیم و لفظ را برای او قرار می دهیم. حال چرا اینطور می گوئیم؟ این را به تفصیل در کتاب دلالت و ضرورت گفتیم.

حل مشکل تصویر جامع در بحث صحیح و اعم با این تصویر

ولذا به نظر ما تنها راه تصحیح جامع صحیحی یا اعمی در بحث صحیح و اعم همین است. تمام آن پنج شش نوع تصویر جامع علی الصحیحی یا علی الاعمی را ما بحث کردیم و همه به نظر ما مورد اشکال است و رد کردیم. تنها راه

صحیح همین است که ما بیائیم مرکبات اعتباری را آنطوری که اهداف و اغراض ما استدعا می کنند برایش یک اعتباری کنیم به عنوان یک ماهیت و بعد لفظ را برای آن وضع کنیم. حالا این آثاری دارد که در جای خودش بحث شده است.

شرائط معاملات در واقع ماهیت آنها اخذ می شوند نه در معنای ثانوی حاکی از ماهیت

ربطش به بحث ما این است که: در باب وقف می خواهیم بگوئیم اصل این حرف که خصوصیات در معنای ثانوی هم دخیل باشد درست نیست. چرا؟ برای اینکه این خصوصیات مثل تأیید و عدم تأیید حتی اگر در ماهیت خارجیه دخیل باشند و شرط سبب باشند برای تحقق مسبب، در مقام معنا اخذ نمی شوند بلکه در مقام محکی معنا و واقع اخذ می شوند، پس حتی اگر بخشی از واقعیت آن ماهیت باند در خود معنا اخذ نمی شوند.

بنابر این اگر خصوصیت تأیید در آن معنای ثانوی منتزع از معامله دخیل بود بعید نبود کاشف از دخل خصوصیت در ماهیت باشد ولی نکته در این است که واقعا در آن دخیل نیست.

تلخیص بررسی دلیل اول و ناتمام بودن آن

بنابر این در مقام تلخیص بحث عرض می کنم: یک اشکال که در بحث وقف الی مدة مطرح بود و آنجا هم جواب داده شد، اینجا بر صحت وقف علی من ینقرض نیز طرح می شود، و آن ادعای دخالت تأیید در مفهوم وقف است. منتهی بر این مطلب دو اشکال وارد است:

اولا تأیید در معنای عرفی دخیل نیست. ثانیا: مهم این است که در اصل این استدلال مغالطه‌ای نهفته است، که گوئی می خواهند بگویند اگر در معنای عرفی دخیل باشد پس وقف باطل است، در حالی که ربطی ندارند. لذا می گوئیم کسانی که جواب داده اند و می گویند وقف ایقاف است، آنها هم گویی با اینها در این کبری مسایرت کرده‌اند پس این پاسخ هم مغالطه‌ای می شود. پس در مقابل این استدلال بر بطلان گوئیم اولاً تأیید در مفهوم دخیل نیست، ثانياً حتی اگر در مفهوم دخیل باشد، این استدلال شما مغالطه‌ای است.

آنوقت نسبت به مفاهیمی که از معامله منتزع می شود توضیح دادیم در آنجا هم به نظر ما خصوصیتی مثل تأبید در معنا دخیل نیست. گرچه در واقعش ممکن است دخالت داشته باشد.

نتیجه اینکه دلیل اول ناتمام است.

دلیل دوم بر بطلان: اجماع

دلیل دومی که در مسأله ۱۵ بر بطلان وقف الی مده اقامه شده بود اجماع بود.

گزارشی از بحث اجماع در وقف الی مده

اجماع در بحث وقف الی سنة به نظر ما تمام بود. یعنی اجماع محقق بود هم نقلاً و هم تحصیلاً، ما خودمان تمام اقوال را بررسی کردیم و به نظر می آید این اجماع در آنجا محقق است.

بر اجماع در آن مسأله دو اشکال شده بود: برخی گفتند صغرای اجماع محقق نیست. و از مثل مرحوم فیض در مفاتیح آوردند که ایشان اجماع را قبول ندارد. از عبارت مرحوم سبزواری نیز تشکیکی استفاده شده بود.

اشکال دوم در کبرای حجیت اجماع بود، زیرا حتی بر فرض تحقق اجماع آن را محتمل المدرک می دانستند که نمی توان از آن قول معصوم علیه السلام را کشف نمود. امروزه این گونه اشکال در اجماع دیگر باب شده است.

مرحوم سید اول با تشکیک می گفت که لو تمّ الاجماع فهو الدلیل. بعد در بحث وقف علی من ینقرض ایشان قائل شد که اصلاً بالمرّة اجماع را انکار می کند هم صغرای آن را و هم کبرایش را.

مرحوم آخوند هم بالصراحة هم در صغرای اجماع و هم در کبرای اجماع تشکیک می کند. علمای معاصر و قبل از عصر ما هم اکثراً در تحقق اجماع اشکال کرده اند.

بنابر فحوص از تحقق اجماع مهم است. و به نظر ما اجماع در بطلان وقف الی مده بسیار محکم است.

اولا عبارت مرحوم سبزواری که دلالتی ندارد. عبارت مرحوم فیض گرچه ظهور اولی اش همین است، اما آخرش ایشان می گوید اصلا اختلاف لفظی می شود. لذا مخالفت ایشان با اجماع روشن نیست. عرض شد که حتی اگر مخالفت ایشان روشن باشد چون مرحوم فیض مربوط به قرن یازدهم است مخالفت ایشان اثری ندارد.

مراد از اجماعی {که قابل استناد است} اجماع قدمائی است تا متأخرین آنها مثل مرحوم شیخ طوسی تا برسد به علامه و اینها، والا اجماعات بعدتر چندان اثری در این بحثها ندارد. آن اجماعی که ادعا می کنند که می شود سینه به سینه کشف کند از قول معصوم علیه السلام، این اجماعات است.

نسبت به تشکیک کبروی مبتنی بر محتمل المدرکیت بودن اجماع نیز بحث مهمی را مطرح کردیم که برخی از بزرگان نیز طرح کرده اند که مطلق محتمل المدرکیت موجب اشکال و خدشه در اجماع نمی شود. بلکه در فروضی محتمل المدرکیت هیچ مانعی نیست. از جمله در مواردی که اگر یک مسأله طوری محل ابتلاء باشد که اگر از امام سؤال شده باشد پاسخ منتشر می شود و مخفی نمی ماند، محتمل المدرک بودن این اجماع هیچ ضرری به صحت اجماع و کشفش از نظر معصوم نمی رساند که به تفصیل عرض کردیم.

این در وقف الی مدة بود. آنجا ما اجماع را پذیرفتیم و بیان کردیم که تشکیکها وجهی ندارد.

عدم تحقق اجماع در وقف علی من ینقرض

اما در وقف علی من ینقرض، آن حرف را نمی توانیم بزنیم، زیرا اجماع بر بطلان در این مسأله محقق نیست و اختلاف روشنی در اقوال وجود دارد.

برخی اینجا را وقف می دانند و صحیح می دانند، برخی حبس می دانند، و برخی هم گفته اند باطل است (که البته ما قائلش را نمی دانیم ولی شیخ طوسی ره گفته عده ای باطل می دانند).

بنابر این ما نمی توانیم بگوئیم که یک اجماعی محقق است. گرچه (حالا در بحث های آتی بیشتر این بحث را باز می کنیم) برخی خواسته اند ادعا کنند که همه آن کسانی که گفته اند وقف مقصودشان حبس است. برخی هم عکس گفته اند، می خواهند بگویند تمام کسانی که گفته اند حبس مقصودشان وقف است که در حکم حبس است نه حبس حقیقی.

بلکه وقف حقیقی که آثار حبس را دارد. از جمله آثار حبس این است که بعد الانقراض يرجع الوقف الی الواقف أو ورثه (نه به ورثه موقوف علیهم برسد)، که از آثار حبس است. پس وقفی است که حبس حکمی است. اینها دقتهایی است که انشاء الله بعد خواهیم کرد.

فعلا علی الاجمال می خواهیم بگوئیم اجماعی واقعا ثابت نیست. دلیلش این است که عده ای تصریح کرده اند به صحت وقف، مثل شیخ مفید ره.

اینکه می گوئیم تصریح کرده اند از باب این است که لازمه حرفشان این است، کما اینکه مثل مرحوم شیخ انصاری می فرمایند این کالتصریح است. چرا؟ برای اینکه گفته اند بعد الانقراض ارث می شود برای موقوف علیهم. خب اگر ملک منتقل نشود که ارث نمی شود. پس وقف است. حبس نیست که منتقل نشود.

و ابن ادریس صاحب سرائر هم تصریح می کند به حصول نقل در ملک و لذا این را وقف می داند. و عده زیادی از فقهای دیگر که این وقف را صحیح میدانند.

خب عده ای هم حبس را صحیح می دانند.

پس اجماعی محقق نیست تا ما بحث کنیم که این اجماع آیا محتمل المدرک است و اثر دارد یا ندارد، که بحثش گذشته است. این اجماع محقق نیست.

پس دلیل دومی که ما در بحث وقف الی سنة برای بطلان معامله داشتیم اینجا جاری نیست.

دلیل سوم: جریان اصالة الفساد به خاطر عدم وجود عموم و اطلاق

دلیل سوم عبارت بود از اصالة عدم تحقق مسبب عند الشک فی الشرط أو فی الجزء. که گفتیم اگر ما شک کردیم در اشتراط شرعا، عمومات و اطلاقاتی نداریم که به آنها تمسک کنیم، پس نمی توانیم تصحیح کنیم معامله را لفقد العمومات.

این دلیل سوم مبتنی است بر عدم تحقق عموم یا اطلاق در مقام. اگر ما نتوانستیم عموم یا اطلاق را در مقام تصحیح کنیم، که ما مثل عده ای از بزرگان اینطور فکر می کنیم آنوقت ما هستیم و یک معامله ای که شک داریم در تحققش از باب

اینکه نمی دانیم شرطش را دارد یا نه. اینجا اصالت عدم تحقق مسبب یا اصاله الفساد محکم است. که ما در فروع مختلف وقف این ادعا را داشتیم که اینجا اصاله الفساد یا اصاله عدم تحقق مسبب حاکم است. بنابر این ما دلیل سوم را قبول داریم منتهی به شرط تحقق موضوعش.

بررسی مجدد وجود عمومات عامه و خاصه

عموماتی که ادعا کرده اند یا عمومات فوقانی است مثل «اوفوا بالعقود»، که ما در این اشکال داشتیم از باب اینکه نمی دانیم وقف عقد است یا نه، چون نمی دانیم در آن قبول شرط است یا نه.

مگر اینکه کسی ادعا کند که ولو ما شک داریم که وقف عقد است، اما ایقاعات را هم اوفوا بالعقود می گیرد. یعنی در هر حال وقف چه عقد باشد و چه ایقاع مشمول است.

منتهی این اول کلام است که اوفوا بالعقود که موضوعش عقد است ایقاعات را هم بگیرد. درست است که در معنای عقد عهد هست و ایقاع هم عهد است، منتهی عقد، عهد مرتبط به عهد است یا عهد مشدد است که تشدیدش به ارتباطش هست. نه مطلق عهد که عهدهای ابتدائی را هم بگیرد. و به نظر ما اوفوا بالعقود چنین عمومی ندارد.

عمومهای خاص یعنی مربوط به باب وقف هم مثل «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها»، عرض کردیم این عموم هم تمام نیست. به دلیل اینکه به نظر می آید که این اصلا در مقام امضاء معامله نیست، در مقام امضاء وقف نیست. الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها گویی بعد الفراغ از اینکه ما یک سببی داریم یک مسببی داریم که آن سبب با استجماع شرائطش امضاء شده است، در مقام این است که بگوید این آقای واقف اگر شرط و شروطی گذاشت در جاهایی که در حیطه کار او است، مثلا برای متولی یا برای ناظر و غیره، اینها مسموع است. نه اینکه بخواهد تجویز کند که آقای واقف گوئی مشرع و سبب ساز است و می تواند سبب درست کند برای مسبب. اصلا در مقام این جهت نیست.

علاوه بر اینکه ما در فهم خود این فقره الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها که ذیل روایت است واقعا تأمل داشتیم که اصلا چه می خواهد بگوید. یک دفعه شما این را جدا می آورید، این یک حرف است، اما وقتی ذیل روایت می آورید، به نظر ما رابطه این ذیل با صدرش خیلی روشن نیست که مقصود از الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها چیست. شاید اصلا

کسی برود در یک فضای دیگری در معنا و تفسیر آن بگردد. که آن معنا عبارت است از یکجور عدم جواب به سائل. الوقف علی حسب ما یقفها اهلها. نه اینکه بخواهد بگوید مطلق هر چه که آقای واقف اراده کرد حسب همان وقف درست است. این نیست. بلکه در واقع یک جور راندن سائل بوده است. که این هم یک حرف و احتمال است.

حالا باید در متن روایت بیشتر تأمل کرد. ما سال گذشته آوردیم و بحث کردیم، اجمالات متعددی در این روایت هست که به نظر ما دشوار می کند تمسک به آن را. علاوه بر اینکه اگر هم از اجمال بیرون بیاید و یک ظهوری داشته باشد، آن ظهور حتما این نیست که در مقام امضاء باشد ولذا هر چه را که شما شک کنید در سبب اخذ شده است یا نه، با اطلاق یا عمومش بتوانید دفع کنید.

اضافه بر این ممکن است ما یک تشکیک دیگری در اخذ به عموم و اطلاق کنیم که انشاءالله جلسه بعد عرض می کنم.

پس علی الاجمال به نظر ما این دلیل درست است منتهی در فرض خودش، یعنی برای کسی که عمومات و اطلاقات برایش تمام نباشد، آنوقت ما می توانیم بگوئیم به اصالة الفساد تمسک کنیم برای اینکه بدون این شرط مسبب واقع نمی شود. آنوقت نتیجه اش این می شود که وقف علی من ینقرض دیگر بما هو وقف نمی تواند درست باشد.

این تمام الکلام در این مسأله الا همین نکته اخیر که جلسه بعد عرض می کنیم.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۳۸
- خلاصه مباحث گذشته ۳۸
- ادامه بررسی دلیل سوم بر بطلان: جریان اصله الفساد به خاطر عدم وجود کبرای عمومات و اطلاقات ۳۸
- اشکال صغروی در تمسک به عمومات و اطلاقات به خاطر عدم احراز تحقق وقف ۳۹
- لزوم احراز عنوان برای تمسک به اطلاقات و عمومات ۳۹
- عدم احراز عنوان عرفی وقف به دلیل احتمال دخالت «تأیید و عدم الانقطاع» در آن ۴۰
- عدم اشکال به تمسک به ادله امضاء به دلیل عدم دخالت برخی از قیود در مفهوم عرفی معاملات ۴۱
- موضوع ادله امضاء، عناوین عرفی است ۴۲
- برخی موضوع ادله ترتب اثر را عناوین شرعی می دانند ۴۲
- موضوع ادله ترتب اثر نیز عنوان عرفی است الا ما خرج بالحجه ۴۳
- بررسی ادعای اجماع بر نفی بطلان وقف علی من ینقرض ۴۳
- عدم وجود قائل معتنابه بر بطلان وقف علی من ینقرض ۴۴
- فرق دو مسأله: در این مسأله اثر اجماع بر نفی بطلان، اخذ به اثر جامع بین وقف و حبس یعنی جواز انتفاع است و اصله الفساد نفی این اثر نمی کند بر خلاف مسأله قبل ۴۴
- خلاصه استدلال به دلیل سوم ۴۵
- دلیل چهارم بر بطلان: محدودیت نپذیری ملکیت ۴۵
- تبیین جایگاه شیخ اعظم ره در این بحث ۴۶
- تقریر استدلال مرحوم شیخ: با وقف علی من ینقرض ملکیت تقطیع می شود و این قابل تعقل نیست ۴۶
- اشکال مرحوم آخوند و مرحوم سید به شیخ ره ۴۶
- اشکال صغروی به کلام شیخ ره: وقف تملیک نیست ۴۷
- اشکال کبروی به کلام شیخ ره: تملیک موقت اشکالی ندارد ۴۷

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسأله ۱۶ تحریر درباره وقف علی من ینقرض بود. اقوال در مسأله گذشت. به ادله بر بطلان یا صحت وقف رسیدیم. ابتدا ادله بطلان وقف را بررسی کردیم. نظیر چهار دلیلی که در وقف الی مدة اقامه شده بود در اینجا هم ادعا شده سه دلیل را بررسی کردیم، یکی دخالت تأبید در مفهوم وقف بود، که روشن شد نه در آن مسأله قابل تمسک است و نه در اینجا، و سرش را از جهات مختلف عرض کردیم. و استدراکی در بحث لازم بود که جلسه گذشته عرض کردیم. و اینکه دخالت تأبید در مفهوم عرفی وقف و نه در صورت مستدرکش هیچکدام درست نیست. بنابر این اولین دلیل بر بطلان مردود بود.

دلیل دوم اجماع بود، که بر خلاف مسأله سابق یعنی وقف الی مدة که اجماع بر بطلان محقق بود، در مسأله حاضر یعنی وقف علی من ینقرض ظاهراً اجماعی محقق نیست. البته به نظر ما یک اجماع دیگری هست که بحثش خواهد آمد. پس این دلیل دوم هم ناتمام بود.

ادامه بررسی دلیل سوم بر بطلان: جریان اصالة الفساد به خاطر عدم وجود کبرای عمومات و اطلاعات

دلیل سوم این بود که در فرض اینکه دلیلی بر صحت از عمومات و اطلاعات نداشته باشیم، شک در سبب، دافعی ندارد ولذا اصالت عدم تحقق مسبب حاکم است. و اگر شخص بخواهد یقین کند که مسبب هست باید تمام آن شروطی که مشکوک است را بیاورد تا یقین کند که مسبب هم آمده است. که از این به اصالة الفساد در باب شک در اسباب و مسببات تعبیر می کنند. و ما چون وجود عمومات به نحو عام در همه ابواب مثل «اوفوا بالعقود»، یا عمومات باب وقف مانند «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» را انکار کردیم (که اوفوا بالعقود در مقام نمی آید، و تمسک به الوقوف ... هم صحیح نیست)، به نظر می آید که اصالة الفساد محکم است. و از این جهت [ولو] ما نمی گوئیم اثبات می شود شرطیت

عدم الانقطاع و اینکه وقف مشروط است به اینکه منقطع الآخر نباشد ولی از باب قدر متیقن باید شرط را آورد تا یقین کنیم که مسبب آمده است.

بنابر این، این دلیل سوم در فرض خودش علی الظاهر درست است.

اشکال صغروی در تمسک به عمومات و اطلاقات به خاطر عدم احراز تحقق وقف

منتهی اینجا یک بحث دیگری هم وجود دارد که بحث دقیقی است که به کمک همین دلیل بطلان می آید. عرض کردیم وجود کبرا در مقام مانند اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها اختلافی و مبنایی است، خیلی از بزرگان این عمومات و اطلاقات را قبول دارند، ولی ما وجه عدم التزام خودمان را تبعاً لعهده ای از محققین عرض کردیم.

اما در باب به نظر می آید که مشکل دیگری هم وجود دارد علیه کسانی که می خواهند چنین وقفهایی را تصحیح کنند. و آن این است که به نظر می آید ما در مسأله تأیید شکی داریم در اصل تحقق وقف عرفی و با وجود این شک دیگر نمی شود به اطلاق یا عموم تمسک کرد.

لزوم احراز عنوان برای تمسک به اطلاقات و عمومات

توضیح مطلب این است که: بطور کلی تمسک به اطلاقات و عمومات در جائی است که عنوانی که حکم روی آن رفته محرز باشد، توسعه اش به حصص محل شک باشد، آنوقت با اطلاق و عموم توسعه می دهیم. مثلاً فرض کنید در روایتی آمده اکرم العالم، شک داریم که عالم فاسق هم داخل در این وجوب اکرام هست یا نه، ما با اجرای اطلاق در متعلق المتعلق که عالم باشد اثبات می کنیم توسعه حکم را. منتهی این اطلاق زمانی میسر شده است که عالم تطبیق شده باشد و عنوان عالم محرز شده باشد. یعنی آن متعلق المتعلق یا در جاهایی متعلق که متعلق تکلیف است باید محرز باشد، شک ما در سریان حکم نسبت به حصص همین طبیعت یا کلی باشد. این در اطلاق.

در عموم هم همینطور است. اکرم کل عالم در جائی است که عالم بودن محرز باشد، منتهی شک داریم که آیا عالم فاسق هم مورد وجوب اکرام هست یا نه، با اکرم کل عالم که ادات عموم دارد می خواهیم توسعه بدهیم به همه عالمها چه فاسق باشند چه نباشند. خب بعد از این است که آن عنوانی که در حکم اخذ شده (مثل عالم) محرز شده باشد.

اما اگر شما در عنوان عالم شک داشته باشید، نه عموم جاری است و نه اطلاق.

در بحث ما یک وقتی این است که وقف یا اجاره یا بیع یا هبه عناوین عرفی اش محرز است شک می کنیم آیا شرعا یک قید مازادی دخیل است یا نه، با تمسک به اطلاق دلیل امضاء آن قید را نفی می کنیم. (این را دقت کنید می گوئیم دلیل امضاء. نمی گوئیم هر دلیلی. چون دلیل امضاء روشن است که موضوعش بیع عرفی و اجاره عرفی و وقف عرفی است با توضیحی که عرض می کنیم). ما اگر شک کنیم که مازاد بر آنچه که عرفا وقف است، آیا قیدی مثل تأیید لازم است یا نه، آنوقت می گوئیم اگر عموم یا اطلاقی داریم (که آقایان ادعا می کنند و ما منکریم) می گوئیم با عموم و اطلاق تصحیح می کنیم. اما اگر ما احتمال دادیم دخالت تأیید را یا عدم الانقطاع را در خود عنوان عرفی، دیگر نمی توانیم تمسک کنیم به اطلاق یا عموم. مثلاً فرض کنید اگر گفتند الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، باید عنوان وقف عرفی حاصل باشد و این هم دلیل امضاء باشد تا ما به اطلاقش تمسک کنیم. اما اگر در وقف بودن عرفی اش شک کنیم، دیگر قابل تمسک به اطلاقات نیست.

(البته اطلاقی که محل بحث ما است اطلاق روی این عناوین است. اما مثل اوفوا بالعقود اشکال دیگری دارد که عرض کردیم).

عدم احراز عنوان عرفی وقف به دلیل احتمال دخالت «تأیید و عدم الانقطاع» در آن

حالا در بحث ما که بحث تأیید و عدم الانقطاع است، ما واقعا احتمال می دهیم که اینها در خود ماهیت عرفی وقف دخیل باشد. یعنی عقلاء وقتی که وقف می کنند ما نمی دانیم آیا آن را متقوم به تأیید می دانند یا نه. آیا متقوم به عدم الانقطاع به این معنا که منقطع الآخر نباشد می دانند یا نمی دانند. شک داریم. با وجود این شک شما نمی توانید عنوان عرفی وقف را احراز کنید.

بنابر این فرق است بین این مورد و برخی موارد دیگر. اینجا شک ما گرچه ابتداء راجع به این بود که به لحاظ شرع و احکام شرعی آیا در وقف تأیید شرط است یا نه، عدم الانقطاع شرط است یا نه، ولی بعد از تأمل می بینیم که این دو شرط ممکن است در خود ماهیت عرفیه که موضوع ادله امضاء است دخیل باشد. پس ما اصلاً بدون این شرط احراز نمی کنیم وقفی محقق شده تا بخواهیم از آن اطلاق یا عموم بگیریم.

این یک مشکل دیگر است.

عدم اشکال به تمسک به ادله امضاء به دلیل عدم دخالت برخی از قیود در مفهوم عرفی معاملات

البته این را توجه کنید، یک وقت برنگردید اشکال کنید که اگر اینطور باشد پس هیچ اطلاقی جاری نیست، چون همیشه ممکن است شک کنیم.

نه، در بعضی از شروط ما یقین داریم عرفا دخیل نیست. مثلاً در بیع آیا عربیت شرط است؟ ما می گوئیم تمام دنیا دارند خرید و فروش می کنند و عنوان بیع را هم اطلاق می کنند، کسی هیچوقت نمی گوید که مثلاً آن سر دنیا باید به عربی صحبت کنند. این در بیع عرفی که خیلی روشن است. حالا اگر کسی احتمال داد در بیع ممضاه شرعی دخیل است آن بحث دیگری است، (که حالا یک عده ای می گویند ما آنجا هم یقین داریم که دخیل نیست، ولذا اصلاً نیاز به اصل نیست، انسان مطمئن است که دخالت ندارد. حالا آن بحث آخری است). نسبت به دخالت این قید مثلاً عربیت، این قید در معاملات و بیع عرفی مسلماً دخیل نیست. آنوقت احل الله البیع می آید بیع عرفی را امضاء می کند و در بیع عرفی عربیت شرط نیست.

بعید نیست که ماضویت هم همینطور باشد. ماضویت در بیع عرفی شرط نیست. آن چیزی که هست انشاء است که در بیع حاصل می شود. انشاء هم با ماضی محقق می شود و هم با مضارع. بگوئیم این را به شما می فروشم بقصد الانشاء نه به قصد اخبار آینده و طرف هم بگوید قبول می کنم به قصد انشاء، اینکه بگوئیم نه این کافی نیست حتماً باید به صیغه ماضویت باشد، در عرف که حتماً اینطور نیست. (حالا اگر ما احتمال بدهیم که شارع یک خصوصیتی برای ماضویت قائل شده آن بحث دیگری است). لذا ما می توانیم اطلاق و عموم جاری کنیم.

مقصود این است که این شبهه ای را که ما در بحث وقف کردیم شبیهش در جای دیگر هم می شود، منتهی نفرمائید که دیگر سدّ باب اخذ به اطلاق و عموم می شود. چون خیلی جاها ما تردید نمی کنیم که یک شیئی شرط بیع عرفی باشد یا اجاره عرفی، هبه عرفی، رهن عرفی و وقف عرفی. شک نمی کنیم. ولذا آنجاها جای اطلاق گرفتن است اگر شک در تقوم مسبب شرعی و امضاء شارع داشته باشیم.

این هم راجع به این مسأله

نتیجه: بنابر این نتیجه این می شود که اشکال سوم مسجل تر می شود. ما دلیلی از عمومات و اطلاقات نداریم از دو

جهت:

یک اشکال این است که ما کبرایش را منکریم، که اصلاً اوفوا بالعقود به درد مقام نمی خورد، و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها در مقام امضاء نیست.

اشکال دیگر این است که اصلاً شکی که ما داریم سرایت می کند به مفهوم عرفی و جا برای اطلاق گرفتن نیست.

موضوع ادله امضاء، عناوین عرفی است

این نکته را هم من اضافه کنم: به تناسب حکم و موضوع، ادله امضاء متوجه عناوین عرفی این معاملات می شود. چون واضح است که شارع بیع شرعی را امضاء نمی کند. واضح است که وقف شرعی را امضاء نمی کند. دلیل امضاء نیامده است که وقف شرعی را امضاء کند. اگر وقف شرعی باشد امضاء نمی خواهد. به تناسب حکم و موضوع، موضوع دلیل امضاء مثل احل الله البیع و اوفوا بالعقود همان عقدهای عرفی است، بیع عرفی است، اجاره عرفی است، وقف عرفی است.

برخی موضوع ادله ترتب اثر را عناوین شرعی می دانند

بله! در مواردی که دلیل صادر شده دلیل امضا نباشد بلکه دلیل ترتب اثری بر عنوان باشد، مانند اینکه دلیل ترتب اثری بر بیع یا اجاره باشد در اینجا عده ای معتقدند تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که موضوع دلیل عناوین شرعی باشد.

مثلاً در مثل احل الله البیع که دلیل امضاء است، می گوئیم متعلق آن بیع عرفی است، تا بتوان آن را امضاء کرد. اما در مثل البیع بالخیار که در مقام تثبیت حکم خیار برای بیع یا برای بیعان است به تناسب حکم و موضوع مراد بیعی است که شارع آن را قبول دارد. گویی شارع می فرماید خیار ثابت است برای آن بیعی که بیع من است؛ آن بیعی که من قبولش دارم.

مثلا محقق اصفهانی ره در بحث بیع نظرش این است که می گوید در مثل البیعان بالخیار به تناسب حکم و موضوع ظهور دارد که حکم خیار بر بیعی که مورد قبول شارع است بار می شود. پس موضوعش بیع ممضاه شرعی است

موضوع ادله ترتب اثر نیز عنوان عرفی است الا ما خرج بالحجة

اما واقع این است که حتی در ادله ترتب اثر نیز به لحاظ کبروی و قاعده کلی معلوم نیست موضوع، عنوان شرعی باشد؛ چه بسا بتوان گفت در اینجا نیز موضوع همان عنوان عرفی است. مثلا در بیعان بالخیار، خیار بر مطلق بیع عرفی مترتب می شود مگر ما خرج بالدلیل.

بله اگر کسی از باب تناسب حکم و موضوع قائل به ظهور شود وجهی دارد که بگوید ظهورش این است که موضوع بیع شرعی است و گر نه به لحاظ کبروی وثبوتا بعید نیست بگوئیم البیعان بالخیار هم مطلق بیعان عرفی را می گیرد الا ما خرج بالدلیل، مثلا بیع های عرفی که فاسد است شرعا خارج شده باشد، اما موضوعش بیعان است، مطلق بیع است الا ما خرج بالدلیل یعنی بالحجة. چیزی که حجت بر خروجش نباشد تحت البیعان باقی است. این هم راجع به این مسأله.

نتیجه تا اینجا این شد که به نظر می رسد اگر ما از کسانی هستیم که عمومات عام مثل أوفوا بالعقود، و عمومات خاص باب وقف مثل الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها را قبول نداریم، ما بر اساس اصالة الفساد یا اصالت عدم ترتب مسبب باید قائل شویم که این شکوک قابل دفع نیستند. و نتیجه اش این می شود که گویی اینها شرط هستند. عدم الانقطاع مثل عدم وقف الی مدة می شود شرط، ولذا وقف علی من ینقرض غالبا باطل می شود. باطل به این معنا که چون نمی دانیم آیا صحیح است یا نه، باید بگوئیم اگر می خواهیم ترتب اثر باشد وقفمان نباید از قبیل علی من ینقرض و منقطع الآخر باشد.

بررسی ادعای اجماع بر نفی بطلان وقف علی من ینقرض

نکته ای که اینجا باید اضافه کنم که یک مقدار تصمیم گیری در مسأله را دشوار می کند این است که: برخلاف بحث قبلی، در بحث ما به نظر می آید یک اجماعی غیر از آن اجماعی که بحث کردیم وجود دارد. یکوقت ما می گوئیم آیا بر بطلان وقف علی من ینقرض غالباً اجماع محقق شده، می گوئیم نخیر، چون در بحث ما مخالف هم دارد مخالف های صریح دارد.

عدم وجود قائل معتنابه بر بطلان وقف علی من ینقرض

اما به نظر می آید یک اجماع بر یک جهت دیگری هست. چون در بحث فعلی یعنی وقف علی من ینقرض ظاهراً ما قائل به بطلان معتنابهی نداریم. چون اصلاً قائلی را که برخی ادعا کرده اند هیچ کس نمی شناسد. مرحوم شیخ طوسی یکجا نقل فرموده، ولی صاحب مفتاح الکرامه که اهل تتبع است و برخی از فقهاء ماقبل ایشان فرموده اند ما گشته ایم و چیزی پیدا نکرده ایم. ظاهراً مرحوم علامه یا جامع المقاصد است (الان تردید دارم) که می گوید ما تتبع کردیم و قائل را نیافتیم.^۱ پس فقهای که اهل حل و عقد بودند و معتبر بودند، اینها یا قائل هستند به صحت وقف علی من ینقرض غالباً و قفا، یا قائل هستند به اینکه حبساً درست است. قائل به بطلان به نحوی که اعتبار عبارت مسلوب باشد و انشائی که کرده اند کالعدم باشد نداریم.

فرق دو مسأله: در این مسأله اثر اجماع بر نفی بطلان، اخذ به اثر جامع بین وقف و حبس یعنی جواز انتفاع است و اصاله الفساد نفی این اثر نمی کند بر خلاف مسأله قبل

آنوقت اینجا بحث مهمی پیش می آید: ما وقتی نفی را اجماعی کردیم معنایش این می شود که: جامع اثر بین وقف و بین حبس گویی اجماعی است. یعنی ما اصل قرار دادن این عین موقوفه در اختیار موقوف علیهم را نمی توانیم نفی کنیم. ولو اینکه تمام منافع نباشد. منفعی باشد که با حبس هم سازگار است با وقف هم سازگار است. این منافع باید در اختیار قرار بگیرد، چون یا حبساً درست است و یا وقفاً. یعنی اگر ما این اجماع را قبول کنیم به این نحو سلبی که بطلان بالمره را نفی می کند، پس جامع اثر را اثبات می کند.

^۱ مفتاح الکرامه ج ۲۱ ص ۷۷۸. حکای فی «الخلاف و المبسوط» القول بالبطلان عن بعض أصحابنا و لم نجد و أنه يظهر من «التذکره» أنه لم یظفر به أيضاً

اگر این باشد آنوقت اثبات اصالت عدم مسبب گرچه ممکن است غلط نباشد، ولی از آن نتیجه به دست نمی آید که آن آثار جامع و مشترک بار نیست. از اصالة عدم تحقق مسبب شما نمی توانید بگوئید برای ترتیب آثار جامع هم من باید این شرط را که عدم الانقطاع است بیاورم. همانطور که در نظیرش در وقف الی مدة شما می فرمودید که برای اینکه من مطمئن باشم مسبب آمده، باید در وقف تأیید باشد و الی مدة نباشد. اینجا این را نمی توانید بگوئید.

بله! می توانید بگوئید که برای ترتیب آثار خاص وقف بما هو وقف که اگر گفتیم تملیک است و تملیک علی نحو خاص است، برای ترتیب آثار خاص وقف ما مجبوریم تمام آنچه را که احتمال می دهیم دخیل باشد در ترتیب این مسبب بیاوریم. اما برای آوردن آن جامع که عبارت است از استفاده و بهره‌مندی موقوف علیهم از منافع این عین، حالا اعم از اینکه حبس باشد و ملک منتقل نشود به موقوف علیهم و بتوانند استفاده کنند، یا وقف باشد و ملک منتقل بشود و بتوانند استفاده کنند نیازی به آوردن شرط نیست. پس اصل امکان انتفاع آنها مسلم و مقطوع است، اینکه این از سنخ وقف است و بعد انتفاع می برند یا از سنخ حبس خاص است، این ثابت نمی شود. اما جامعش ثابت می شود.

پس اینجا با فرع قبلی یک فرقی دارد. اگر این اجماع تمام باشد این ثمره بر آن بار است و ما نمی توانیم بگوئیم که اصالة الفساد بالمرة حتی در مورد آن اثرهای مشترک حاکم است.

خلاصه استدلال به دلیل سوم

پس نتیجه این شد که دلیل سوم بر بطلان وقف علی من ینقرض علی الاصول به نظر ما درست است، الا اینکه این استدراک در آن لازم است. و البته بحث مبنائی است. در موضوعی که ما قبول داریم که اطلاقات و عمومات تام نیست این دلیل با این تفسیری که عرض کردیم درست است. یعنی بنابر اینکه اجماعی که عرض کردیم درست باشد، به نظر می رسد که معنای اصالة الفساد یا عدم ترتب اثر فقط در مورد خصوصیت وقف یا حبس خاص ممکن است اثرگذار باشد و نمی توانیم اثبات کنیم که آن آثار مشترکه نیز مرفوع است تا برای ترتب آن آثار مجبور باشیم که تمام قیود مشکوکه را بیاوریم. این نیست.

دلیل چهارم بر بطلان: محدودیت نپذیری ملکیت

اما دلیل چهارم: بخش عمده مطلب را ما در فرع پانزدهم (وقف الی سنة یا الی مدة) در سال گذشته بحث کردیم. هم مرحوم شیخ انصاری آن بحث را در اینجا (در وقف علی من ینقرض) آورده، و هم ناظرین به کلام ایشان مثل مرحوم آخوند و مرحوم سید در تکمله عروه اینها هم متعرض فرمایش شیخ شده اند.

تبیین جایگاه شیخ اعظم ره در این بحث

البته من این نکته را هم عرض کنم: راستش این است که هر دو بزرگوار و برخی دیگر همه بر سر خوان نعمت مرحوم شیخ نشسته اند. گویی تقریرات مرحوم شیخ را جلوشان گذاشته اند. البته اهل فکر و اهل نظر بوده اند. زحمت اولی را مرحوم شیخ کشیده است. واقعا تقریرات مرحوم شیخ در بحث وقف فوق العاده دقیق، علمی و به نظرم پرتیتر و ارزشمند است. چیزهایی که ما در این تقریرات می بینیم در هیچ کتابی اینطور مجتمعا با این دقت و این فکر ندیدیم. آنوقت این در مرآی و منظر مرحوم سید و آخوند بوده و ملاحظه فرموده اند، حالا حرفهای مرحوم شیخ که دامن دامن حرف می آورد جاهایی از آن را گرفته اند و خدشه کرده اند و قبول نکرده اند. اما حرف را مرحوم شیخ به میدان آورده است. ولذا شما در همین وقف علی من ینقرض می بینید که همه متعرض این بحث چهارم شده اند که عبارت است از اینکه ملکیت محدودیت نمی پذیرد، توقیت نمی پذیرد، نمی شود الی مدة باشد.

تقریر استدلال مرحوم شیخ: با وقف علی من ینقرض ملکیت تقطیع می شود و این قابل تعقل نیست

و حرف شیخ این است که (این را دقت بفرومائید، چون بعدا مفصل در تنبیهات این مسأله این را باید بحث کنیم): بنابر اینکه وقف تملیک باشد و بنابر اینکه تملیک فی حد ذاتها توقیت نپذیرد و قطعه قطعه نشود و متکثر نشود به قید زمان، آنوقت اشکال مرحوم شیخ این است که: اگر شما بخواهید وقف علی من ینقرض کنید نظیر بحث وقف علی مدة این موجب می شود ملکیت تقطیع شود و چنین وقفی قابل تعقل نیست.

اشکال مرحوم آخوند و مرحوم سید به شیخ ره

هم مرحوم آخوند و هم مرحوم سید اشکال کرده اند. منتهی نکته ای که باید توجه داشت این است که: مرحوم سید گویی این تلازم را پذیرفته است که اگر وقف ملکیت باشد، لازمه وقف علی من ینقرض تقطیع ملکیت است، منتهی می گوید اشکالی ندارد. (که حالا این را بحث می کنیم). علی الظاهر فرمایش ایشان این است که در وقف علی من ینقرض این لازمه هست، چون می شود منقطع الآخر و در یک زمانی وقف تمام می شود، پس گوئی ملکیت تقطیع شده است. مرحوم آخوند هم تقریبا این را قبول دارد، منتهی ایشان هم در صغری و هم در کبری تشکیک می کند.

اشکال صغروی به کلام شیخ ره: وقف تملیک نیست

اولا ایشان می گوید وقف تملیک نیست.

به نحوی مرحوم سید هم این را در فرع دیگری فرموده، می گوید وقف ایقاف است تملیک نیست. که آن حرف را اینجا هم می شود زد. بنابر این مرحوم سید هم مثل مرحوم آخوند وقف را تملیک نمی داند. می گویند حالا که تملیک ندانستیم دیگر این اشکالات وارد نیست.

اشکال کبروی به کلام شیخ ره: تملیک موقت اشکالی ندارد

ثانیا: به نظر می آید که مرحوم آخوند می خواهد بگوید که اگر وقف تملیک هم باشد، تملیک موقت اشکالی ندارد. مرحوم سید هم همین را می گوید که تملیک موقت اشکالی ندارد.

این فرمایش این بزرگان است. منتهی به نظر ما بحث خیلی عمیقتر است و نیاز به تأمل بیشتر دارد که جلسه بعد انشاءالله.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۴۸
- خلاصه مباحث گذشته ۴۸
- پذیرش ملازمه بین وقف علی من ینقرض و توقیت در ملکیت از طرف مرحوم سید ۴۹
- استشهاد مرحوم سید به «وقف علی زید الی سنه ثم علی الفقراء» برای ملکیت موقوف ۴۹
- عدم طرح صحیح مطالب مرحوم شیخ ۵۰
- استدلال مرحوم شیخ بر عدم امکان توقیت در ملکیت ۵۰
- اشکال مرحوم آخوند به شیخ ره: بحث ملکیت تابع اعتبار عقلاء است ۵۱
- بررسی اشکال مرحوم آخوند ۵۱
- توجیه زوجیت موقته ۵۲
- لزوم تامل در استلزام وقف علی من ینقرض با تقیید ملکیت ۵۳
- طرح شبهه بر اساس به ارث نرسیدن مال موقوفه به ورثه طبقه اول با مرک آنها ۵۴
- پاسخ شبهه توسط مرحوم شیخ: ملکیت همه طبقات مطلقه است اما مشاعا ۵۶
- موضوع ملکیت شریک طبقه دوم، وجود آنها و انقراض طبقه اول است ۵۷

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در ادله ای بود که برای بطلان وقف علی من ینقرض اقامه شده است. در بحث وقف الی مدة چهار دلیل بر بطلان آن مطرح شده بود که باید جریان آن چهار دلیل را در وقف علی من ینقرض بررسی کنیم. البته در این بحث دلیل

مازادی نیز اقامه شده است که باید آن را نیز بررسی کنیم تا پس از آن نوبت به برخی ادله ای که بر صحت اقامه کرده اند برسد.

بحث در دلیل چهارم بود که دلیلی است که مرحوم شیخ هم در وقف الی مدة و هم در وقف علی من ینقرض مطرح کرده اند. و آن این است که: بنابر اینکه وقف تملیک باشد که خود ایشان قبول دارد، و بنابر اینکه ملکیت امر قاری است که توقیت نمی پذیرد که در بحثهای قبلی در وقف الی سنة مطرح کردیم، آنوقت اینجا هم وقف علی من ینقرض مشکل می شود.

در اینجا اینطور مطرح شده است که: وقف علی من ینقرض لازمه اش توقیت در ملکیت است، و چون توقیت در ملکیت باطل است، بنابر این باید بگوئیم این وقف صحیح نیست.

پذیرش ملازمه بین وقف علی من ینقرض و توقیت در ملکیت از طرف مرحوم سید

از جمله مرحوم سید در تکلمه عروه می فرماید:^۱ «و ما یقال من أنه لا معنی للتملیک الی مدة و لازم الصحة وقفا ذلک. فیه أنه لا مانع منه، فإن الظاهر عدم الاشکال فی الوقف علی زید الی سنة أو ازید مثلاً ثم علی الفقراء فصار ملکیت زید الی سنة و لا فرق بین أن یذكر المصرف بعد المدة کهذا الفرض أو لم یذكر کما نحن فیه». ایشان وقتی می گوید لازم الصحة ذلک، گوئی این تلازم و استلزام را پذیرفته است که لازمه صحت وقف این است که ملکیت توقیت شود، ملکیت به زمان تقیید بخورد، یعنی ملکیت محدود شود، قطعه‌ای از ملکیت منتقل بشود. پس ملکیت قطعه قطعه می شود. پس ایشان اصل این را پذیرفته است که لازمه اش این است، منتهی می گوید اشکالی ندارد چه مانعی دارد که ملکیت اینطوری بشود.

استشهاد مرحوم سید به «وقف علی زید الی سنة ثم علی الفقراء» برای ملکیت موقوف

بعد هم می فرماید ما اصلاً همچنین صورتی را داریم، در جائی که طرف وقف کند ملکی را بر زید مثلاً الی سنة، و بعد، بعد السنة را وقف فقراء کند (ثم علی الفقراء)، می گوید فإن الظاهر عدم الاشکال فی الوقف، این وقف را ظاهراً کسی اشکال نکرده است. خب می گوید چه فرقی می کند در هر دو وقف الی سنة هست. منتهی در یکی بعدی را ذکر کرده و

^۱ - تکملة العروة جلد ۱ صفحه ۱۹۴.

در یکی بعدی اش را ذکر نکرده است. این اثری ندارد در اینکه ملکیت تا یک سال آقای زید را تصحیح کردید، ولو واقف مالک بعد زید را ذکر نکرده باشد.

بعد هم ایشان می گوید: «و إن شئت الحق الصریح نقول: لا دلیل علی اعتبار التأيید أصلاً و أنه یصح حتی الموقت إلى مدة، و الإجماع المدعی ممنوع...».

عدم طرح صحیح مطالب مرحوم شیخ

اشکالی که {در ارائه مباحث توسط ناظرین به فرمایش شیخ وجود دارد} این است که دقتی که مرحوم شیخ در این بحث مطرح کرده اند را {منعکس نکرده} و بحث نکرده اند، نه بحث کلی مرحوم شیخ در ملکیت آنطور که باید و شاید تلقی و بحث شده است، {و نه دقت کرده اند که} این مثالی را که آورده اند خود مرحوم شیخ طرح کرده و جواب داده است. این صحیح نیست که این فرع را بدون اشاره به پاسخ مرحوم شیخ بیاوریم و بعد به آن به عنوان یک دلیل تمسک کنیم.

مرحوم شیخ قبول دارد که این وقف درست است، منتهی بخاطر تصویری که ایشان ارائه می کند می گوید لازمه اش تقطیع ملکیت زید نیست، که شاید آن تصویر را مطرح کردیم.

استدلال مرحوم شیخ بر عدم امکان توقیت در ملکیت

مرحوم شیخ در این جا دو بحث دارد یکی اینکه وقف مفید تملیک است، که این را در تنبیهات به صورت مفصل بحث می کنیم. بحث دیگر این است که بنابر افاده ملکیت، ملکیت تقطیع بردار نیست. البته در حرف ایشان اجمالهایی هست و فهم ظاهر اولی برای این بزرگان این بوده است که مرحوم شیخ می خواهد بگوید عقلاً معقول نیست ملکیت تقطیع بشود و تحدید زمانی بشود. می گوید ملکیت مثل اعیان خارجی می ماند و زمان ظرف برای اعیان است. معقول نیست که زمان

قید باشد. بلکه آنهایی را که ذاتاً در بستر زمان قرار می گیرند، مثل حرکت و یا انتفاعاتی که تدریجی است، می توان تقیید کرد. مثلاً بگوئیم منفعت تا کی، اما اعیان را معنا ندارد بگوئیم اعیان تا کی و چه زمانی.

اشکال مرحوم آخوند به شیخ ره: بحث ملکیت تابع اعتبار عقلاء است

مرحوم آخوند هم همین استظهار را از فرمایش مرحوم شیخ کرده اند و بر اساس آن به ایشان اشکال کرده اند. مرحوم آخوند چند صفحه در وقف الی سنة بحث می کند، در بحث حاضر نیز اشاره می کند که که فرمایش شیخ ره درست نیست، بخاطر اینکه بحث ملکیت و زوجیت و امثال آن غیر از اعیان است. اینها اعتبارات عقلانی است، و میزان و استمرارشان و عدم تقطیع یا تقطیعشان دست عقلاء است. اگر عقلاء ببینند که بر ملکیت یکساله اثری مترتب است ملکیت یک ساله را اعتبار می کنند.

بعد مرحوم آخوند در جواب مرحوم شیخ می فرماید: «ما اصلاً اعتبارات موقت داریم، مثل زوجیت، که هم مطلقه و مستمره داریم، و هم زوجیت موقته داریم. همانطور که زوجیت دو جور است، توقیت دارد و عدم توقیت، ملکیت هم دارد. ولذا به شیخ ره می فرماید: انکار این حرف از عجائب است و ما اصلاً توقع نداشتیم مخالفت با مطلب به این روشنی را از مرحوم شیخ.

بررسی اشکال مرحوم آخوند

منتهی حق مطلب این است که مسئله به این وضوح نیست. ما سال گذشته در تفسیر کلام مرحوم شیخ زیاد تلاش کردیم، یک وجه فنی برای فرمایش شیخ بیان کردیم که تفصیلش را دوستان باید همانجا مراجعه کنند {از انتهای جلسه ۶۳ تا اوایل جلسه ۶۹}، اجمالاً این بود که برخلاف برخی از ظواهر در کلام شیخ که بر اساس آنها ما به مرحوم آخوند و

۱- رسائل فقهیه (طبع جدید) صفحه ۵۳

سید حق می دهیم چنین استظهاری از کلام شیخ داشته باشند، بعضی از عبارات دیگر ایشان مفهم مطلب دیگری است خصوصاً در تقریرات دیگر مرحوم شیخ در کتاب القضاء که بالمناسبه این مسئله طرح شده، برخی از شاگردان ایشان مطلب را جور دیگری تقریر کرده اند. من خودم ابتداءً یک حدسی در فهم کلام شیخ به ذهنم رسیده بود، دیدم فرمایش آن بزرگان هم همین است. و آن این است که: مرحوم شیخ نمی خواهد انکار کند که ملکیت و زوجیت و مثال این امور عقلائی ثبوتاً عند العقلاء می شود تقیید بخورد، بلکه آنچه که ایشان منکر است این است که عقلاء بر حسب مصالحی که دیده اند اعتباراتشان در باب ملکیت و امثال این اعتبارات مستمره است. بعد از اینکه این اعتبارات عقلائی اطلاق دارد و تقیید ندارد به زمان، آنوقت یک آقایی به نام واقف وقتی می خواهد وقف کند معقول نیست که بیاید تقیید کند، چون عقلاء برای ملکیت موقت اثری ندیده اند. ملکیت موقت را تصویر نکرده اند.

عرض می کنم عبارتهای مرحوم شیخ انسان را به دشواری می اندازد، چون بعضی جاهای آن کالصریح است در اینکه ثبوتاً معقول نیست تقیید کردن ملکیت. ولی به نظر من می شود عبارت را حمل کرد بر این معنایی که ما عرض می کنیم یعنی ثبوتاً بعد از اینکه عقلاء اعتبار ملکیت را تقیید نکردند آقای واقف نمی تواند همچنین کاری کند.

توجیه زوجیت موقت

در زوجیت موقت نیز بعید نیست ما تصویر دیگری داشته باشیم و نگوئیم زوجیت تقیید دارد، بلکه بگوئیم زوج در بستر زمانی خاص مورد اعتبار زوجیت است. یعنی قید را ببریم روی مرأه یا زوجش، نه در خود زوجیت.

آنوقت ما هم عبارتهای کتاب القضاء را آوردیم که برخی از آنها تقریباً به عرض ما تصریح کرده بود، و هم اینکه روی مبنای خود شیخ، عرض کردیم بعید نیست مرحوم شیخ مجبور باشد این حرف را بزند که ملکیت و حتی زوجیت تقیید بردار نیست، و تحلیل دیگری باید کرد. چرا؟

برای اینکه ایشان احکام وضعی را منتزع از تکلیف می داند. بنابر این اعتبارات ابتدائی قائل نیست تا ما بگوئیم این اعتبار دست معتبر است و می تواند هر جوری خواست تضییق کند، تقیید کند، اطلاق بگذارد. دست او نیست. اینها انتزاعی است از تکالیف. و مرحوم شیخ در بحث تکلیف در وجوب و حرمت و امثال این معتقد است که زمان و قیود دیگر نمی تواند به خود وجوب و حرمت برگردد، باید برگردد به متعلقشان، و برمی گردد به واجب و حرام. قیود به آنها برمی گردد

نه به خود وجوب. بنابر این در احکام وضعی که منتزع از اینها هستند، مجبوریم ما قیود را برگردانیم به چیز دیگری نه به خود اینها.

این هم یک وجهی است که من ندیدم کسی متعرض اینگونه دفاع از ناحیه شیخ و برای شیخ ره شده باشد.

این یک بحثی بود که ما در سال گذشته به تفصیل عرض کردیم، عبارتها را خواندیم دیگر نمی توانیم تکرار کنیم.

پس عرض ما این است که: بنابر اینکه وقف تملیک باشد و بنابر اینکه ما وقف را مستلزم تقطیع در تملیک بدانیم، علی الظاهر اشکال مرحوم شیخ وارد است، کما اینکه در وقف الی سنة ما وارد دانستیم. بنابر این تصحیح وقف علی من ینقرض مشکل می شود.

لزوم تأمل در استلزام وقف علی من ینقرض با تقیید ملکیت

منتهی اینجا یک بحث فوق العاده مهمی وجود دارد، و آن این است که: آیا برخلاف اینکه مرحوم سید و ظاهرا مرحوم آخوند تسلیم شده اند که لازمه وقف علی من ینقرض عبارت است از تضییق و تقیید در ملکیت، منتهی می فرمایند اشکال ندارد. ما می گوئیم چرا، تقیید در ملکیت اشکال دارد. ولی این حرف آیا درست است که وقف علی من ینقرض مستلزم تقیید ملکیت می شود؟ به نظر این جای تأمل جدی دارد.

ما در وقف الی سنة داریم در مصب خود وقف که تملیک است زمان را اخذ می کنیم. وقف تملیک است. در واقع داریم می گوئیم تملیک می کنم به موقوف علیهم تا دو سال تصریح داریم می کنیم به تقیید ملکیت، که گفتیم به نظر شیخ ره درست نیست و ما هم قبول داریم که درست نیست.

اما در وقف علی من ینقرض که در واقع تملیک شیئی است علی من ینقرض، ما در ملکیتش زمان را اخذ نکردیم. ما به عنوان واقف انشاء نکردیم تملیک الی مدة را و تملیک در قطعه خاص را، ما همچنین تضییقی نکردیم، بلکه موضوع مرتفع می شود. مثل این می ماند که من تملیک می کنم بزید و بعد اولادش و بعد للتالی، که کسی نگفته اگر نسل ادامه پیدا کند اشکالی دارد. همینجا اگر آقای زید فوت کند، ما نمی گوئیم که وقف ملکیتش محدد شده است، بلکه موضوعش مرتفع شده است. فرق بین اینکه موضوع وقف در زمان محدود بشود و بین اینکه ملکیت را شما محدود کنید فرق است. خیلی

فرق است بین اینکه شما زید را در زمان خاص ببینید و بین اینکه ملکیتش را در زمان خاص ببینید. و اتفاقاً مقررین مرحوم شیخ در کتاب القضاء به این فرع اشاره کرده اند که فرق است بین اینکه تقیید به متعلق برگردد یا به خود ملکیت برگردد. ملکیت تقیید بردار نیست به فرمایش شیخ، اما موضوعش به زمان مقید نمی شود، اگر هم مقید بشود اشکالی ندارد.

در بحث ما که وقف علی من ینقرض هست می توانیم اینطور بگوئیم که آقای واقف ملکیت محدود را به من ینقرض غالباً منتقل نمی کند، ملکیت مطلقه را منتقل می کند، منتهی وقتی که اینها فوت می کنند و منقرض می شوند دیگر نیستند که مالک بشوند. این درست مثل این می ماند که ما در بیع می آییم ملکیت مطلقه را به آقای مشتری می دهیم، خب آقای مشتری فوت می کند این ملک منتقل می شود به دیگری. معنایش این نیست که ما ملکیت تا زمان موت را در تملیک بیعی به آقای زید دادیم. این نیست. ما ملکیت مطلق را منتقل کردیم منتهی موضوع ملکیت منتفی می شود، حالا موضوع ترکه و میراث می شود یا هر چیز دیگر.

پس فرق است بین اینکه ملکیت تقطیع بشود یا موضوعش منتفی بشود.

مرحوم سید و مرحوم آخوند ظاهرشان این است که پذیرفته اند استلزام را که وقف علی من ینقرض مستلزم تقطیع در ملکیت است.

ما در همین می خواهیم شک کنیم و در همین تردید داریم که چه کسی گفته است مستلزم تقطیع است؟ اول بیائیم این را حل کنیم بعد بیائیم این اشکالات را طرح کنیم. آن اشکالات را ما وارد نمی دانیم بخاطر بحث های مبنایی که قبلاً مفصل مطرح کردیم، اما این یک اشکال دیگری است.

طرح شبهه بر اساس به ارث نرسیدن مال موقوفه به ورثه طبقه اول با مرگ آنها

منتهی اینجا شبهه ای وجود دارد که باید در آن دقت کرد. (البته نه در این بحث، در بحث هایی که مربوط است به تصویر کیفیت تلقی ملک از ناحیه موقوف علیهم) بحث های مفصلی شده است که موقوف علیهم ملک را از چه کسی تلقی می کنند؟ از واقف که مالک اولی بوده، یا از طبقه قبل، یعنی هر طبقه از طبقه قبلش تلقی می کند. که این بحث را فی الجمله سال قبل کردیم حالا هم شاید به آن اشاره کردیم. آنجا یک حرفی دارند که من می خواهم آن را در اینجا مطرح کنم، آنوقت شبهه علیه این عرض ما می شود.

الان عرض ما این بود که اصلا چه کسی گفته که وقف علی من ینقرض مستلزم تقطیع و تضییق و تحدید زمانی ملکیت می شود؟ بلکه تصویر ما این است که مالک یک ملکیت مسترسله و مطلقه را به من ینقرض غالبا منتقل می کند، بعد زمان موت و انقراضشان همانجا موضوع منقضی می شود نه اینکه ملکیت مقید می شود. مثل موت در باب بیع.

منتهی اشکالی که وجود دارد این است که اگر اینطور باشد، به محض موت واقف باید ورثه موقوف علیهم مالک بشوند. چون شما می گوئید این ملک را واقف به صورت مسترسل و مطلق واگذار کرده است به آقای زید که نسل اول است و او هم به نسل های دیگر. حالا سؤال این است که مگر شما نمی گوئید که این ملک را منتقل کرده به زید؟ خب اگر زید فوت کرد می شود ارث و میراث موقوف علیهم.

وحتی اگر بگوئید میراث واقف هم می شود بنا به دلیل، باید میراث واقف بشود به ورثه حین الموت. چون تمام ملکیت را شما منتقل کردید. پس چرا شما می گوئید اختلاف شده است که آیا ورثه حین الموت است یا ورثه حین الانقراض برای آقای واقف است؟

پس اولاً وقتی که این ملک طلقاً یعنی مسترسلاً و مطلقاً و بدون قید منتقل می شود به موقوف علیهم، خب اگر فوت کرد باید ارث بشود.

حالا که ارث نمی شود، مستشکل این را می داند که چرا ارث نمی شود برای ورثه موقوف علیهم، چون واقف از اول خودش در انشاء خودش تقطیع کرده بود ملکیتها را. ملکیت طبقه اول تا زمان موتشان هست. اینها ملکیت للتالی ندارند تا بگوئیم وقتی که فوت کرد این ملکیت منتقل می شود به ورثه. خود آقای واقف از اول تکلیف این ملکیت را در عمود زمان روشن کرده است. قطعه اول را گفته برای طبقه اول و قطعه دوم را برای طبقه دوم. همین حالا یعنی در اول وقف، واقف با انشاء خودش این انتقالها را انجام داده است برای طبقات مختلف. منتهی فعلیت این انتقال به این است که موضوعش پدید بیاید. بعد از اینکه طبقه اول منقرض شد، طبقه دوم ملک خودش را تلقی می کند. منتهی مهمش این است که از اول آقای مالک ملکیتها را قطعه قطعه کرده است. یعنی این آقای مستشکل می گوید اگر غیر از این باشد ورثه موقوف علیهم باید ارث ببرند قطعا، وجهی ندارد که به ورثه واقف برگردد حین الموت یا حین انقراض (که بحثش خواهد آمد).

پس بنابر این حرف مستشکل این است که: شما یک حرفی می زنید در باب وقف که لازمه اش این است که شما بگوئید واقف از اول آن ملکیتها را تقطیع کرده. اگر تقطیع کند ملکیتها را، یعنی قطعه اول مال طبقه اول، قطعه دوم مال طبقه دوم، قطعه سوم مال طبقه سوم. خب اگر طبقه اول فوت کنند و منقرض بشوند شما نمی توانید بگوئید میراث است. چون

نسبت به بعد تکلیفش روشن است، می رود قطعه دومی که مال طبقه دوم است، وجهی برای میراث شدن ندارد. پس عدم المیراث کشف می کند که اصلاً واقف تقطیعی کار کرده است در ملکیت.

خب اینجا که می رسیم یک بحث مهمی مطرح می شود که هم جواب مرحوم سید است، هم جواب مرحوم آخوند است و هم جواب این مستشکل.

پاسخ شبهه توسط مرحوم شیخ: ملکیت همه طبقات مطلقه است اما مشاعاً

مرحوم شیخ یک بحث فوق العاده دقیق و دشواری دارد. جواب همه اینها را می دهد، و جواب آن مثالی هم که ذکر شده که وقف علی زید الی سنة ثم علی الفقراء که مرحوم سید و مرحوم آخوند این را به عنوان نقض بر شیخ گرفته اند، جواب همه اینها را مرحوم شیخ داده است.

فرمایش مرحوم شیخ که فوق العاده دقیق است این است که می فرماید: آنچه واقف به طبقه اول و طبقه دوم و طبقه سوم للتالی منتقل می کند ملکیت مطلقه است نه ملکیت موقت و الی زمان. ملکیت مطلقه است.

خب اینجا یک اشکالی مطرح می شود که: جناب شیخ! شما ملکیت مطلقه را برای ده تا مالک اعتبار می کنید؟ یعنی هم طبقه اول به ملک مطلق مالک است، هم طبقه دوم به ملک مطلق مالک است و هم طبقه سوم الی آخر؟ مگر یک ملک چند تا مالک می پذیرد.

مرحوم شیخ در جواب می گوید مشترکاً و مشاعاً است. چه اشکالی دارد؟

منتهی فرق است، در شرکت و تشریک عرفی معمولی، شرکاء در زمان هم عرض هستند. دو تا سه تا شریک مالک یک ملک می شوند. هر دو ملک را به لحاظ زمانی مطلق مالکند، ملکشان مقید نیست، منتهی در مالکیت شریک می شوند، یعنی اطلاقشان از حیث مالکیت تقیید می خورد. دو تا مالک می شوند روی هم رفته گویا این دو تا مالک یک مالک هستند. اما ملکیشان مقید نیست. ایشان می فرماید طبقات هم همینطور هستند.

موضوع ملکیت شریک طبقه دوم، وجود آنها و انقراض طبقه اول است

منتهی برای اینکه آن شبهه ای که ذکر شد پیش نیاید که اگر ملک مطلق است پس ورثه طبقه اول باید مالک بشوند عند موت طبقه اول، نه طبقه دوم. ایشان می فرماید نه، راهش این است که ما بگوئیم تمام طبقات شریک هستند در ملک مطلق، منتهی یک شرکت خاصی است. در موضوع ملکیت شریک طبقه دوم در واقع دو چیز قید شده است: یکی: وجود طبقه دوم. دوم: انقراض طبقه اول یعنی مولا یک جوری این وقف را امضاء کرده است و خود واقف هم وقتی می آید تملیک می کند به تمام طبقات، روشن است که نمی آید ملکیت وقف را تکه تکه کند. گویی همه این طبقات را که در عمود زمان هستند روبروی خودش می بیند، می گوید این ملک مال شماست. همانطور که در تشریک عرفی معمولی مالکها در یک زمان مالک ملک طلق هستند، در عمود زمان هم مالک ملک طلق هستند. منتهی آنجا شرط دارد، یک جور تملیک خاص است، که این طبقه دوم اگر بخواهد مالک بشود اولاً باید در عمود زمان موجود بشود، و ثانیاً اینکه نسل قبلی منقرض شده باشد. در این فروض ملک طلق را مالک می شود، همانطور که طبقه اول هم مالک ملک طلق بود.

آنوقت چه جوری دو تا مالک طلق؟ می گوید شریک هستند، منتهی شرکت آنها طولی است، بنابر این در یک زمان اتفاق نمی افتد که هر دو شریک باشند. به خلاف شرکتهای عرضی که در یک زمان هستند.

این یک تصویر فوق العاده دقیقی است، حالا اینکه عرفی هست یا نه باید در آن دقت کرد. شیخ ما شیخ بزرگی است، شیخ الاعظم که می گویند واقعا شیخ الاعظم بوده است، دقتهایش فوق العاده است. شما وقتی این دقتها را روبروی خودتان می گذارید بعد می بینید که مرحوم سید و مرحوم آخوند و دیگران، که حالا دیگران که اصلاً گاهی این حرفها را نقل هم نمی کنند، آنقدر که دقیق است حوصله نمی کنند، اما مثل مرحوم آخوند که واقعا دقت می کند و چند صفحه را به این بحث اختصاص داده است، خب سر سفره شیخ نشسته اند و اینها را دیده اند، انسان انتظار دارد که این حرفها و تلقیاتی در مکتوبشان هم منعکس بشود. به نظر من بحث مرحوم شیخ فوق العاده دقیق است، شبهه را هم جواب داده است.

ولذا به نظر می آید که اگر ما این جواب را به مسئله عدم توقیت بدهیم، دیگر این اشکالاتی که مرحوم آخوند و دیگران گفته اند رفع می شود، ولی بحث ما هنوز حل نشده است.

شبهه ای که ما کردیم این بود که اصلاً وقف علی من ینقرض مستلزم تقیید و تضییق و توقیت و تقطیع ملکیت نیست. حالا این را دوستان بیشتر تأمل کنند تا جلسه آتی.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۱۶) وقف علی من ینقرض

و السلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۵۹
- خلاصه مباحث گذشته ۵۹
- عدم جریان استدلال شیخ اعظم در وقف علی من ینقرض ۶۰
- لزوم ترتیب آثار جامع بین وقف و حبس در وقف علی من ینقرض ۶۱
- فرق آثار خاص وقف و حبس ۶۲
- دلیل پنجم بر بطلان وقف علی من ینقرض ۶۲
- اشکال اول صاحب عروه: وقف ایقاف است نه تملیک ۶۳
- اشکال دوم صاحب عروه: صحت تصویر ملکیت محدوده و موقت ۶۴
- تشبه تملیک موقت به تملیک منافع در اجاره توسط صاحب عروه ۶۴
- نتیجه اشکال صاحب عروه ۶۵
- بررسی اشکال دوم صاحب عروه ۶۶
- بررسی دلیل پنجم ۶۶
- جواب اول به دلیل پنجم: التزام به عود به واقف اشکال ندارد ۶۶
- جواب دوم به دلیل پنجم: ممکن است مانعیت مانع زمان داشته باشد ۶۷
- توضیح زمان داشتن مانعیت مانع ۶۷
- اشکال مرحوم شیخ به جواب دوم: تردد در مانع یا شرط سبب بودن وقف نسبت به ارث ۶۹

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در وقف علی من ینقرض بود که آیا صحیح است وقفا یا صحیح است حبسا یا کلا باطل است.

در بیان ادله بر عدم صحت وقفا بودیم. عرض کردیم ابتداء باید ببینیم ادله بطلانی که در وقف الی مدة بحث کردیم در اینجا نیز جاری است یا نه، و آیا دلیل جدید مخصوص به فرع حاضر بر بطلان وجود دارد یا نه. پس بررسی این ادله نوبت به دلیل بر صحت می رسد.

سابقا در بحث بطلان وقف الی مدة ما اقلا چهار دلیل را بحث کرده بودیم، که در طی جلسات گذشته تطبیقش را به مورد وقف علی من ینقرض بحث کردیم. روشن شد که آن چهار دلیل که ما قبلا در وقف الی مدة اختیار کرده بودیم که سه تای از آنها قابل اعتماد است، اول اجماع، دوم دلیلی که مرحوم شیخ انصاری در عدم امکان توقیت در ملکیت آورده بودند، و سوم بحث اصالة الفساد به معنای عدم تحقق مسبب عند الشک در اجزاء و شرائط سبب، که این هر سه را در وقف الی مدة پذیرفته بودیم که حالا ممکن است برخی از اینها یک قیودی داشته باشد، اما در اینجا هیچکدام نمی آید.

تا اینجا روشن شد که نه دلیل اولی که آنجا مطرح شد و ما هم قبول نکردیم یعنی دخالت تأبید در مفهوم وقف با تفصیل مفصلی که دادیم، و نه سه دلیل دیگر هیچکدام در اینجا جاری نیست.

عدم جریان استدلال شیخ اعظم در وقف علی من ینقرض

حتی استدلال بر عدم توقیت در ملکیت که در آنجا مرحوم شیخ پذیرفته بود و ظاهرا در این بحث هم ایشان می پذیرد، به نظر ما اینجا نمی آید. و دلیلش هم این است که در وقف علی من ینقرض ما ملکیت را توقیت نمی کنیم و تملیک موقوف نمی کنیم بلکه به همان ملکیت مرسله مطلقه تملیک می شود به بطون تا هر کجا که منقرض بشوند. ولذا اشکالی از این جهت نیست، چون تملیکش الی وقت نیست. در واقع در وقف علی من ینقرض موضوع ملکیت منتفی می شود. همانطوری که جلسه گذشته عرض کردیم شبیه این است که سببی مانند ارث یا حیازت برای ملک وجود داشته باشد سپس این مال با بیع به دیگری تملیک شود؛ در این صورت بیع نمی آید غایت ملکیت موقته قبلی را حاصل کند، بلکه سبب جدیدی می شود برای انتقال همان ملک مرسله مطلقه. در بحث وقف نیز به همین صورت است. بنابراین با انقراض موقوف علیهم موضوع منتفی و منقرض شده است، نه اینکه ملکیت آنها موقت بوده و حالا تمام شده است.

بنابراین، نظریه عدم امکان توقیت در ملکیت که فرمایش مرحوم شیخ است و کبرای آن را هم ما پذیرفتیم، مانعی برای صحت وقف علی من ینقرض ایجاد نمی کند.

تا اینجا چهار دلیل را بررسی کردیم و به نظر می آید هیچکدام اینجا نمی آید.

لزوم ترتیب آثار جامع بین وقف و حبس در وقف علی من ینقرض

بله فقط دلیل سوم توضیحی داشت که عرض کردیم. اجمالش هم این است که: اصالت عدم تحقق مسبب عند الشک فی اجزاء و شرائط السبب که از آن تعبیر می شود به اصاله الفساد، یک شرائطی دارد، از جمله اینکه هیچ دلیلی بر صحت اقامه نشود. که ما هم معتقدیم دلیلی بر صحت نداریم.

منتهی ما یک نکته دیگری خاص باب داریم، و آن اینکه ممکن است ادعا کنیم که اصل لزوم ترتیب آثار جامع بین حبس و وقف در اینجا به اجماع ثابت است. چون قول بالبطالان گرچه نقل شده، و مرحوم شیخ طوسی نقل می کند، مرحوم شیخ انصاری هم می گوید بالاخره این قولی بوده است و شما آن را انکار نکنید، ولی یک چنین قول نادری که فائش هم معلوم نیست این قاذح به اجماع نیست. تمام علمائی که در اینجا بحث کرده اند که در کتابها و کلماتشان مذکور و مستور است، فرموده اند که اینجا یا وقف صحیح است، به تبع اینکه صحت وقفا است (و احتمالاً منظورشان این است که وقف اصطلاحی تمام است که یعنی در آن نقل و انتقالی صورت می گیرد و فک ملکی هست)، یا غایتش این است که همانطور که برخی مثل صاحب ریاض فرموده اند حمل کرده اند کلمات این فقهاء را بر حبس، به قرائنی که خودشان ادعا فرموده اند. در هر حال نتیجه اش این می شود که وقتی که شخصی گفت وقف علی این افراد و این افراد که بعد منقرض می شوند، با این وقف یک چیزی حاصل می شود و آن چیز عبارت است از اینکه دیگر تصرفات او در این ملک جایز نیست و موقوف علیهم می توانند تصرف کنند إما لأجل کونها حبسا أو لأجل کونها وقفا.

پس ما می توانیم بگوئیم با توجه به اجماعی که منعقد است بر اصل ترتیب این اثر، ما نمی توانیم بگوئیم که مسبب بالمره حاصل نیست. برخلاف جاهای دیگر. اگر ما شک کنیم که عدم الانقطاع مانع هست یا نه، در موارد دیگر می گفتیم اصالت عدم تحقق مسبب عند الشک می آید. اما اینجا با توجه به تحقق اجماع بر ترتیب چنین اثر جمعی نمی توانیم بگوئیم بالمره مسبب حاصل نیست. بله می توانیم بگوئیم مسبب خاص که عبارت باشد از تحقق مسبب وقف که یک مسبب خاص است، یا تحقق مسبب حبس بالمعنی الاخص، اینها بخصوصه ثابت نمی شود.

فرق آثار خاص وقف و حبس

این دو فرقه‌های خاصی با هم دارند. مثلاً در باب حبس، برای محبوس علیهم فقط منافع یا انتفاعاتی که حابس معین کرده است ثابت است. لذا چون ملک منتقل نمی‌شود، اگر ملک منفعتی داشته باشد که حابس به محبوس علیهم نداده باشد و استیفاء آن منفعت از ناحیه حابس منافاتی با استیفاء محبوس علیهم نداشته باشد مانعی ندارد که حابس استفاده کند.

اما چنین استفاده‌ای در وقف ممکن نیست. اگر واقف مالی را وقف کرد به معنای اصطلاحی و صحیحش و وقف هم تمام شد، حتی نسبت به منافعی که استیفاءشان با استیفاء منفعت موقوف علیهم منافات ندارد نیز حق استیفاء ندارد. چون بالمره ملک از او جدا می‌شود و دیگر حق استفاده ندارد.

تفاوت دیگر اینکه چون در حبس، مال به ملک حابس باقی است با موت او به ملک ورثه‌اش منتقل می‌شود و می‌شود ارث ورثه حابس. اما در وقف چون از ملکش خارج می‌شود دیگر ربطی به ورثه واقف ندارد. لذا این فرقه‌های مهم بین وقف و حبس وجود دارد.

منتهی نسبت به این بحث ما این آثار مترتب نمی‌شوند. قدر متیقن این است که می‌توانند منافع را استیفاء کنند اما اثر خاص حبس یا اثر خاص وقف ثابت نمی‌شود.

بنابر این اگر مقصود از دلیل سوم این است که ما بگوئیم کلاً مسبب عند الشک محرز نیست، این درست نیست، چون آن آثار جامع به اجماع ثابت است. بلکه مسبب خاص یعنی آثار خاص وقف یا آثار خاص حبس بالمعنی الاخص عند الشک در سبب حاصل نیست.

پس با این تفصیل ما می‌توانیم بگوئیم که دلیل سوم هم ناتمام است، یا بگوئیم جزئاً و به لحاظ برخی آثار درست است و جزئاً نادرست است.

این تمام کلام در ادله‌ای که برای بطلان در وقف الی مدة بحث کردیم که گفتیم اینجا دیگر نمی‌آید.

دلیل پنجم بر بطلان وقف علی من ینقرض

اما در بحث ما دلیل دیگری هم اقامه کرده اند. البته نه همه، مثلاً برخی مثل مرحوم سید به نحوی مسأله را طرح می کنند که گویی یک دلیل جدید بر بطلان است.

صورت این استدلال این است که اگر ما قائل شویم به صحت وقف، نتیجه اش تملیک و خروج این ملک از ملک واقف به ملک موقوف علیهم است. آنوقت مستدل می گوید لازمه این حرف این است که وقتی در نسلهای بعدی انقراضی صورت می گیرد و ملک هم که خارج بوده از ملک واقف، پس باید به ورثه موقوف علیهم برسد نه به ورثه واقف. و چون مسلم است (این را مستدل مسلم گرفته است) که بعد الانقراض عود ملک می شود به واقف و یا ورثه واقف، بنابر این مسلم می شود که ما نمی توانیم وقف را اینجا صحیح بپنداریم. اینجا گویی از باب استلزام جلو آمده اند که صحت وقف مستلزم این است که عود ملک به واقف نشود، در حالی که عود ملک به واقف عند انقراض الموقوف علیهم ثابت است پس صحت وقف درست نیست.

شاید یک همچنین استدلالی از مجموع فرمایش سید استفاده می شود و البته بعد ایشان در این استدلال اشکال می کنند و جواب داده اند.

فرموده اند: «و کذا دعوی أن مقتضى الوقف الخروج عن الملكية فعوده الى ملک الواقف يحتاج الى سبب، فبملاحظة هذا لابد من التزام كونه حبساً».

یعنی چون ما می دانیم که سبب جدیدی برای عود وجود ندارد لذا باید بگوئیم حبس است نه وقف.

پس یک استدلال اینطوری تشکیل داده اند.

اشکال اول صاحب عروه: وقف ایقاف است نه تملیک

مرحوم سید بر این استدلال دو تا اشکال می کند، می فرماید:

۱- تکملة العروة الوثقى جلد ۱ صفحه ۱۹۴

اولاً: چه کسی گفته است که وقف تملیک است؟ وقف ایقاف است نه تملیک. و تملیک از بعضی از خصوصیات در بعضی موارد استفاده می شود. مثلاً اگر وقف مؤبد بود، تأبیدش ملازم با ملکیت و تملیک است، نه اینکه خود وقف تملیک باشد. یعنی لازمه خروج ابدی یا وقف ابدی این است که از ملک واقف که خارج شده است به ملک موقوف علیهم دربیاید. والا اگر در وقف تأبید نباشد، ممکن است اصلاً ما بگوئیم که ملکیتی هم جابجا نمی شود. کما اینکه در بحث ما ایشان بالصراحة می گوید ما دلیلی نداریم که اینجا تملیک باشد و دلیلی نداریم که خروج از ملک واقف هم شده باشد. پس می گوید اولاً وقف ایقاف است نه تملیک.

اشکال دوم صاحب عروه: صحت تصویر ملکیت محدوده و موقت

ثانی ایشان می گوید بر فرض که وقف مفید تملیک باشد و تملیک هم محدود باشد، تصویر تملیک محدود اشکالی ندارد و ملکیت کاملاً قابل تقیید و تضییق است.

ما در سال گذشته در ضمن بحث وقف الی سنة و الی مدة به صورت مفصل بحث کردیم که مرحوم سید مثل مرحوم آخوند فرمایش مرحوم شیخ اعلی الله مقامه الشریف مبنی بر استحاله توقیت در ملکیت را قبول ندارند و می گویند ملکیت کاملاً قابل تقیید و تضییق است و تملیک می تواند محدود باشد.

لذا در بحث حاضر یعنی وقف علی من ینقرض ادعایشان این است که تملیک وقف از اول در یک قطعه‌ای از زمان صورت گرفته است. پس بر فرض که تنزلاً و تسلاً بگوئیم وقف تملیک است نه ایقاف، پرسش این است که تملیک چیست؟ اگر بفهمائید تملیک در عمود زمان است للتالی و الی الابد، ایشان می گوید اینکه لازم نیست. ما زمان را قطعات می کنیم، تا قطعه‌ای که منقرضین هستند تملیک به آنها کردیم، اصلاً نسبت به بعدش ما تملیک نداریم، یعنی واقف تملیک نکرده است برای بعد از انقراض و در ملک خودش باقی است.

تشبه تملیک موقت به تملیک منافع در اجاره توسط صاحب عروه

مثل چی؟ مثل منافع در بحث اجاره. اجاره تملیک منعفت است لذا همه قبول دارند که اگر مالک منافع باغش را از حالا تا یک سال به مستاجر تملیک کند منافع بعد از یک سال بر ملک خود مالک باقی است. اگر من خانه ام را یک ساله اجاره دادم لبش این است که تملیک کردم منافع منزل را به مستاجر برای یک ساله الباقی منافع در طول زمان کجاست؟ در ملک مالک باقی است.

مرحوم سید می گوید در وقف الی مده هم همینطور است. منتهی آنجا جهت ملکیتش راجع به منافع است، اینجا راجع به اصل این عین است. می گوید این ملکیت این عین را برای یک سال منتقل کردم، الباقی اش در طول عمود زمان کجاست؟ می گوید در ملک خودم باقی است.

نتیجه اشکال صاحب عروه

آنوقت چه مشکلی دارد؟ بحث سر این بود که مستدل می گفت اگر وقف صحیح باشد لازمه اش این است که منتقل شود به موقوف علیهم. وقتی منقرض می شوند باید ارث باشد برای ورثه منقرضین، نه اینکه عود ملک بشود به واقف. ایشان می گوید چه وجهی دارد که برای ورثه موقوف علیهم یا منقرضین باشد؟! اصلا ملک منقرضین نشده است بعد از زمان انقراض. تا زمان انقراض ملکشان بود، بعد از زمان انقراض اصلا از اول ملکشان نشده تا بخواهد ترکه محسوب شود و میراث ورثه موقوف علیهم باشد. بلکه درر ملک مالک باقی است.

پس عود ملک اصلا یک جور مجاز است مسامحه است (البته این را من عرض می کنم در عباراتشان نیست). عود ملک نیست، بلکه ملک از اول برای زمان بعد از انقراض موقوف علیهم در ملک واقف باقی بوده است. به مسامحه می گوئیم عود به لحاظ اینکه قطعه قبلش مال منقرضین یعنی موقوف علیهم بوده، حالا از این جهت تعبیر می کنند عود الملک الی الواقف. و الا لبش بقاء ملکه علی حاله است.

این استدلال مرحوم سید است.

بررسی اشکال دوم صاحب عروه

ما در سال قبل فرمایشات ایشان را بحث کردیم و روشن شد توقیت در ملکیت را قبول نداریم. نسبت به اینکه وقف ایقاف باشد هم در آن بحث داریم که انشاء الله اجمالش را در همین ایام بحث می کنیم، ولكن عرض ما این است که ما یک جوابهای دیگری برای این استدلال داریم، و الا آنچه که مرحوم سید فرموده قابل بحث است.

حالا بحث اینکه وقف ایقاف است، با یک توضیحات و توجیهاتی شاید برگردد به همان مسلكی که خود ما در اول وقف اختیار کردیم. (که توضیحش مفصل می آید). اما تقطیع ملکیت که صراحتا نظرمان مثل مرحوم شیخ است و درست نمی دانیم پس این اشکال دوم ایشان قطعا صحیح نیست.

بررسی دلیل پنجم

اما عرض ما این است که یک راه های دیگری برای جواب وجود دارد:

جواب اول به دلیل پنجم: التزام به عود به واقف اشکال ندارد

یک راه این است که ما بگوئیم چه اشکالی دارد که ما به این لازمه که شما می گوئید ملتزم بشویم. شما می گوئید اگر وقف صحیح باشد، لازمه اش این است که ملک بعد الانقراض عود به واقف و یا ورثه واقف پیدا نکند. خب نکند. پس چه می شود؟ خب اصلا بشود ملک ورثه موقوف علیهم. مگر قائل نداشتیم؟

در اقوال ما خواندیم که شیخ مفید تقریبا بالصراحة فرموده بود عین موقوفه به ملک ورثه موقوف علیم که همان منقرضین هستند منتقل می شود. مرحوم ابن ادریس هم در سرائر بالصراحة فرمایش شیخ مفید را نقل کرده بود و فرموده بود همین درست است. پس ببینید فائلینی به این معنا دارد، چه اشکالی دارد ملتزم بشویم. یک اجماع محکمی وجود ندارد

که ما حتما باید بپذیریم که عند الانقراض عود ملک می شود به مالک، و بنابر این اگر کسی بگوید وقف صحیح است مشکل می شود باید بگوید حبس. نه همچنین چیزی لازم نمی آید.

جواب دوم به دلیل پنجم: ممکن است مانعیت مانع زمان داشته باشد

ثانیا: یک بحث دقیق دیگری وجود دارد، گرچه ما نهایتا در آن اشکال می کنیم ولی هست. مرحوم شیخ انصاری در همینجا یعنی در بحث وقف علی من ینقرض این را به عنوان یک راه دیگری در مقابل بحث تقطیع ملکیت مطرح کرده اند. می فرمایند یک راه بحث تقطیع ملکیت است که ملک برگردد به مالک. که می گوید ما این را قبول نداریم، و بالتفصیل اینجا هم دوباره بحث را تکرار می کند. همانطور که در وقف الی مدة فرموده بود چنین تملیکی نمی شود پس چنین وقفی معنا ندارد، در اینجا هم همین را می فرماید.

منتهی می گویند راه دومی هم هست و آن راه این است (که بحث دقیقی است): ایشان می فرماید: بجای اینکه ما بیائم ملکیت را تقطیع کنیم، بگوئیم دلیل امضاء و دلیل نفوذ توقیت می شود و خاص است. البته این بیانی است که من عرض می کنم. شیخ می فرماید ممکن است اینطور بگوئیم که مانعیت مانع زمان دارد. به چه بیانی؟

توضیح زمان داشتن مانعیت مانع

ما در اسباب و مسببات در باب ملکیت، خیلی وقتها اسبابی داریم طولی که روی هم می آیند. مثلا کسی با ارث مالک می شود، بعد این ملک را می فروشد. چه چیزی رخ می دهد؟ ملکیت از او منتقل می شود به دیگری. با چه چیزی؟ با یک سبب جدیدی که بیع باشد. بیع چه کار کرده است؟ آمده است اثر ارث را از بین برده است. ارث سبب بود برای انتقال ملک به من. خب این اثر تا کی نافذ است؟ تا وقتی سبب جدید نیاید. آن سبب جدید می آید جلو تأثیر این سبب را می گیرد، جلو تأثیر موت را در ارث و حصول ملکیت برای این ورثه می گیرد. خب چه می شود؟ یک ملکیت جدیدی برای آن آقای

مشتري پديد مي آيد. بعد آن مشتري ممكن است هبه كند، دوباره يك سبب جديدي پديد مي آيد كه جلو ملك او را مي گيرد. و هكذا.

ايشان مي گويد حالا ما در بحث وقف هم مي توانيم شبیه اين را بگوئيم. بگوئيم قبل از وقف فرض كنيد من به ارث يا به حيازت مالك شده ام. وقف مي آيد چه كار مي كند؟ يك مانعي براي تأثير سبب سابق درست مي كند. حالا سؤال اين است كه اين مانعيت چقدر است؟ يك وقتی بالاطلاق است، يعني كلا مانع از تأثير مي شود ولذا خودش مي شود يك سبب جديدي. اما يك وقتی ممكن است ادعا كنيم كه اين مانع به اندازه خاصي مانع است. مثلاً اگر وقف علي من ینقرض بود، تا زمان انقراض مانع است، بعد ديگر مانع نيست.

اين هم يك بيان جالبي است. اين ديگر ربطی به آن بحث ملكيت خاص ندارد. اينجا ما نيامديم ملكيت را توضيق كنيم، بلكه راجع به سبب تأثير در ملكيت داريم ضيق ايجاد مي كنيم. اين ديگر اشكالي ندارد. مرحوم شيخ در آنجا (حالا يا به بيان ايشان يا به اصلاحي كه ما كرديم) در توقيت ملكيت اشكال كرد، چون مي گفت ملك مثل اعيان قاره است و زمان براي اعيان قاره ظرف محض است، ولذا ظرف محض كه نمي تواند تقيد باشد و تكه تكه عین را در عمود زمان بلحاظ الملكية. منتهی تقيد و توضيق سبب تأثير كه اشكالي ندارد. اگر شارع خودش مي فرمود كه اصلاً وقف تأثيرش در مسبب دو ساله است، آیا اين اشكالي داشت؟ اگر عقلاء مي گفتند كلا تأثير سببيت وقف دو ساله است، اين ربطی به اين ندارد كه ملكيت دو ساله است. لذا اين بيان با الوقف علي حسب ما يوقفها اهلها منافاتي ندارد. در واقع هر كاري كه واقف كرد اين دليل سبب نافذش مي كند. چقدر نافذ مي كند؟ مي گويد تا اين برهه. يعني مانعيت وقف از تأثير موت در ارث. من قبل ملك اين خانه شدم بالارث يعني بسبب موت المورث من ملك شدم. اين سببيت موت براي ملكيت من يك مانعي برايش پيش آمده و آن وقف است، جلو اين ملكيت را گرفته، تا كي؟ تا يك زمان خاصي. بعد چه مي شود؟ بعد ما نمي گوئيم ملك عود پيدا مي كند، مي گوئيم تأثير موت مورث در ملكيت من نسبت به تركه، اين تأثير آزاد مي شود و مانعش برطرف مي شود اثر خودش را دارد. من مالكم.

پس بنا بر اين بيان برگشتش به توقيت در ملكيت نيست، بلكه برگشتش به يك جور زماني كردن مانع است. اين فرمايش مرحوم شيخ در اينجاست.

اشکال مرحوم شیخ به جواب دوم: تردد در مانع یا شرط سبب بودن وقف نسبت به ارث

البته بعد مرحوم شیخ اشکال می کند، می گوید این بیان موجهی هست، ولكن اشکالش این است که وقتی دلیل مثل وقف می آید در مسببش تأثیر می گذارد و جلو تأثیر موث مورث را در ارث می گیرد، ما نمی دانیم چه نقشی دارد. آیا نقشش مانع است همانطور که شما تقریر کردید، یا اصلاً جزء سبب است یا شرط تأثیر است. بنابر اگر جزء سبب باشد، یا شرط تأثیر آن، وقتی که آمد جلو آن را می گیرد، و اصلاً مقتضی ناتمام است، نه اینکه مانع باشد.

این فرمایش مرحوم شیخ است در جواب.

عبارت ایشان این است که می فرماید:^۱ «و فی المقام بیان آخر للتوقیت يتم به مقالة هؤلاء الذين يحكمون برجوع الموقوف الى الواقف بعد الانقراض في المنقطع الآخر، و هو أن يقال: أن الملكية لا بد لها من سبب و ذلك السبب كالارث و البيع يقتضي الملكية المستدامة في مجموع الزمان، من غير أن يلاحظ للزمان قيدا كثيرا له، و هذا الاقتضاء ثابت له في كل زمان، فإذا حصل الناقل كان ذلك مانعا عن اقتضاء المقتضى كما قلنا ذلك في توجيه عود الملك بالفسخ و الاقالة. (در فسخ و اقاله هم ایشان این بیان را فرموده اند).

بعد فرموده اند: «ثم إن هذا المانع إن كان تأثيره مستداما مثل البيع و الصلح و الوقف المؤبد، لم يعد الملكية الزائلة الى المالك الاول الا بناقل جديد. وإن كان تأثيره محدودا بحد معين، بأن كان تأثيره في مقدار معين من الزمان (یا من الزمان) أو الاحوال، انتقل العين بعد انقضاء ذلك الزمان الى ملك المالك الاول بعين اقتضاء السبب الاول من غير حاجة الى سبب جديد، كما في الوقف المنقطع الآخر، فإنه لا يؤثر الا في حال وجود الموقوف عليه. فإذا تحقق الانقراض و بطل اثر الوقف عاد الموقوف الى ملك الواقف لوجود المقتضى و هو السبب الاول و انتفاء المانع».

ونقطه دقیق این بیان این است که می فرماید: «و هذا الوجه سالم عن الاستحالة العقلية التي بينها في توقيت الملك لأنه في الحقيقة ليس من التوقيت، بل الملكية حينئذ تعود الى المحل الاول بتأثير السبب الاول بعد ارتفاع ضدها (تا دوباره مثالی که ایشان زده است)».

این ملخص بیان ایشان است.

^۱ - طبع خطی صفحه ۸۰

منتهی بعد ایشان در این اشکال می کند. اشکال ایشان این است که ما نمی دانیم این امری که عارض می شود مثل وقف و به حسب ادله موجب سبب خاصی هست برای انتقال ملک، نمی دانیم مانع است یا داخل در مقتضی است یا شرط است. ایشان فرموده است: «لکن یرد علیه أنه إذا طرأ علی المحل ضد الحالة السابقة فهذا علة لزوال تلك الحالة اجمالاً». وقتی ضد حالت قبل عارض می شود، مثل وقف که آن را ضد سبب قبل حساب می کنیم، این وقتی عارض می شود دیگر اجمالاً اثر قبلی نیست. بعد می گوید:

«واما أن زوال علتها هل هو باعتبار وجود المانع أو باعتبار فقد شرط من شروط الاقتضاء أو جزء من أجزاء المقتضى، فكلاهما محتملان، و تعيين احدهما فی الادلة الشرعية والقول بأن الاسباب الشرعية باقية علی اقتضاءها بعد وجود ما یوجب زوال آثارها رجم علی الشارع بالغیب، إذ من الجائز أن یكون حدوث ضد الحالة السابقة منافية لبعض أجزاء المقتضى أو شروط الاقتضاء، و ليس فی ادلة الاسباب ما یرتفع به هذا التحیر».

اینکه ما بگوئیم وقتی که دلیل آمد و اجمالاً فهمیدیم اثر علت سابقه نیست، اینکه این حتماً از قبیل مانع است نه اینکه از قبیل مقتضی یا شرطش هست، می گوید این رجم به غیب است. بعد ایشان می گوید در مثل میراث شما از کجا این را می فهمید که در مقتضی اش دخیل نیست؟

این فرمایش مرحوم شیخ، تا ببینیم درست است یا نه. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۷۲
- خلاصه مباحث گذشته ۷۲
- جواب سوم به دلیل پنجم: مانعیت وقف از تأثیر مقتضی سبب سابق در ملکیت محدود است ۷۲
- اشکال مرحوم شیخ به جواب سوم: احراز نشده است که وقف مانع از تأثیر سبب سابق است شاید عدم آن جزء یا شرط مقتضی سابق باشد ۷۳
- پاسخ اشکال مرحوم شیخ: در اینجا فرقی بین مانع یا جزء مقتضی بودن نیست ۷۴
- نکته اصلی در محدود بودن زمان تأثیر سبب دوم است ۷۵
- اشکال صحیح به جواب سوم: ادله نفوذ سبب دوم ظهوری در محدودیت زمانی ندارند ۷۶
- انقضاء موضوع غیر از موقت بودن دلیل نفوذ است ۷۶
- خلاصه رد دلیل پنجم ۷۷
- ادله صحت وقف علی من ینقرض ۷۷
- تحلیل حقیقت وقف ۷۸
- تحلیل صاحب عروه از حقیقت وقف: وقف ایقاف است ۷۹
- مراد از ایقاف بودن وقف ۸۱
- موافقت حضرت امام با ایقاف بودن وقف ۸۱
- نظر مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة: وقف مفید ملک است ۸۲
- نظر مختار در تحلیل وقف: وقف یک مجعول اصالی است شبیه ملکیت و زوجیت ۸۳
- مراد از مجعول اصالی بودن وقف ۸۴
- امکان حمل کلام مرحوم سید و حضرت امام بر مجعول اصالی ۸۵
- مجعول اصالی در وقف تملیک نیست ۸۶

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در جلسه قبل به اینجا منتهی شد که گوئی برخی مستدلین دلیل پنجمی بر بطلان وقف علی من ینقرض اقامه کرده اند. و آن دلیل این است که لازمه صحت وقف بر من ینقرض این است که ملک منتقل به موقوف علیهمی که منقرض می شوند منتقل شود و لازمه انتقال ملک این است که عند الانقراض، میراث ورثه موقوف علیهم گردد نه اینکه بازگردد به مالک، و چون بازگشت به مالک مسلم است باید ملتزم شویم که وقف صحیح نیست و حبس است و ملک به ملک واقف باقی مانده و لذا عود پیدا می کند.

در جواب این دلیل عرض کردیم به نظر می آید راحت ترین جواب این است که بگوئیم چه اشکالی دارد ما اصلاً ملتزم به نتیجه بشویم. یک امر اجماعی غیر قابل قبولی نیست. اگر فی الواقع این استلزامات درست هم باشد ما ملتزم به نتیجه می شویم و مانعی ندارد.

مرحوم سید استلزامها را قبول نداشت، فرموده بود که اولاً وقف تملیک نیست و ایقاف است. ثانیاً تملیک هم باشد، برای قطعه‌ای از زمان که تا زمان انقراض باشد ملک از ملک واقف خارج می شود و الباقی اش در ملک واقف باقی است و اشکالی ندارد.

عرض کردیم نسبت به استدلال دوم ایشان ما اشکال داریم و سابقاً هم گفتیم. و نسبت به اینکه وقف ایقاف است انشاءالله به زودی تفصیلاً بحث خواهیم کرد.

جواب سوم به دلیل پنجم: مانعیت وقف از تاثیر مقتضی سبب سابق در ملکیت محدود است

بیان سومی نیز برای حل این مشکل و اینکه این استلزام پیش نیاید وجود دارد. آن بیان این بود که ما به جای اینکه ملکیت را تقطیع کنیم، که قبول نداریم، بیائیم مانع از سبب سابق ملکیت را محدود کنیم.

بگوئیم سبب تحقق ملک نسبت به واقف قبل از وقف مانند ارث یا بیعی که به آن مال را به ملکیتش در آورده نسبت به عمود زمان اطلاق دارد. وقتی یک امری مثل وقف پدید می آید، مانع می شود از تأثیر این سبب. این مانعیت اگر مطلق باشد، خروج مال از ملک واقف همیشگی است، اما اگر مطلق نباشد، در یک برهه ای مانع از تأثیر سبب سابق می شود، بعد از آن زمان دیگر مانعیتی وجود ندارد و سبب سابق تأثیر خودش را می گذارد و واقف مالک مال می شود.

این بیان هم خوب است، قبلاً هم بحث شده است، باز هم در کلمات تکرار می شود، مرحوم شیخ انصاری این بیان را چند بار در چند موضع آورده است.

اشکال مرحوم شیخ به جواب سوم: احراز نشده است که وقف مانع از تأثیر سبب سابق است شاید عدم آن جزء یا شرط مقتضی سابق باشد

منتهی مرحوم شیخ رحمه اینجا اشکال می کند، می فرماید: ما از ادله ای که در اسبابی مثل موت نسبت به ملکیت ورثه متوفی داریم و همینطور در بحث مانعیت این سبب جدید احراز نکردیم که مثلاً در سببیت موت برای ملکیت ورثه این اقتضاء وجود دارد که ملکیت را در عمود زمان حتی با آمدن آن مانع نیز ثابت کند. اقتضاء سبب ارث برای ملکیت شخص حتی نسبت به فرضی که مال را وقف می کند باید ثابت باشد تا وقف بتواند مانع از تأثیر مقتضی به شمار آید والا اگر شمول اقتضاء ثابت نباشد مانعیت از اقتضاء هم اول کلام است.

می گوید ما از کجا فهمیدیم که آن دلیلی که سبب اول را امضاء کرده و سببیتش را تنفیذ کرده است، آن سببیت را در جمیع حالات حتی ظرف عروض آن ضد هم ثابت کرده است، تا اینکه نتیجه بگیریم که در بستری که آن سبب جدید می آید فقط مانع می شود از تأثیر مقتضی؟ می گوید این را از کجا فهمیدیم؟ ولذا به تعبیر ایشان می فرماید: «وکیف یستفاد من أدلة الميراث أنّ موت المورث یقتضی ملكية الوارث فی جمیع الحالات حتی حالة عروض ضدها علی المحل أعنی ملكية الاجنبی ببعض الاسباب المملکة؟».

خب اگر این را نگوئیم چه می شود؟ می گوید ممکن است بگوئیم {عدم وقف} اصلاً داخل در مقتضی است که جزء یا شرط مقتضی است، و بنابراین گوئی خود سبب مقتضی ناتمام می شود.

پاسخ اشکال مرحوم شیخ: در اینجا فرقی بین مانع یا جزء مقتضی بودن نیست

واقعش این است که ما نمی فهمیم این اشکال مرحوم شیخ به کجا برمی خورد. ظاهراً خود ایشان هم در اینجا و هم در جاهای دیگر به روشنی بیان کرده اند که یک سببی می آید تأثیری می گذارد، مانعی می آید و این مانع اگر در برهه و زمان خاص باشد وقتی مرتفع شد آن سبب قبلی تأثیر خودش را می گذارد. درست است که از این سبب جدید تعبیر به مانعیت کرده اند که معنایش این است که مقتضی باید تمام باشد، معنایش این است که پس {عدم} این سبب جدید نباید جزئی از مقتضی باشد، نباید شرط متمم مقتضی باشد، این درست است، ولی علی الظاهر اثری در بحث ندارد.

اگر ما قبول کنیم که وقتی این سبب جدید می آید عدمش جزء مقتضی باشد، مثل وقف، وقف علی من ینقرض یا وقف الی مدة اگر فرض کنیم عدمش جزء مقتضی باشد به صورتی که اگر این آمد مقتضی سابق {مانند ارث یا بیع} ناتمام شود، چون فرض این است که این سبب جدید سببیتش محدود به زمان خاصی است، تا زمانی است موقوف علیهم منقرض نشده اند یا مدت تمام نشده است؛ حال فرض کنیم تا زمانی که این سبب هست، سبب سابق اصلاً در اقتضائش هم ناتمام است. این چه تأثیری دارد {وقتی که رفت و سببیت سبب جدید تمام شد مقتضی سبب سابق تام می شود و تأثیر خود را در ملکیت می گذارد و واقف، مالک عین موقوفه پس از مدت یا انقراض موقوف علیهم می شود.} این چه مانعی دارد؟

پس به نظر می رسد ظاهراً اینکه مانعیت وقف در این زمان را به صورت مانع تصویر کنیم یا جزء مقتضی اثری در نتیجه ندارد. چون آنچه مؤثر است این است که باید {محدودیت} سببیت جدید را {به} برهه زمانی بپذیریم. اگر {محدودیت} سببیت را در برهه زمانی نپذیریم حتی اگر {به صورت} مانع هم {تصویر کنیم} این مانع ممتد {خواهد بود} و جلوی آن مقتضی را برای همیشه می گیرد. {و دیگر نمی توان ملکیت واقف پس از اتمام مدت یا انقراض موقوف علیهم را تصویر نمود}

خود ایشان هم در تقریرشان فرمودند که آن مانع قد یكون مستمرا، مثل بیع، مثل هبه، که کلاً جلو آن مقتضی سابق را می گیرد. حالا فرض کنید که مورثی با موت خودش ترکه ای برای من باقی گذاشت و من شدم مالک، وقتی آن را فروختم، این فروش می شود مانع از تأثیر آن سبب {در مسبب یعنی ملکیت من برای همیشه}، لذا للتالی از ملک من خارج است.

نکته اصلی در محدود بودن زمان تأثیر سبب دوم است

خوب دقت کنید، عرض من این است که اصلاً تقریب مسأله مبتنی نیست بر اینکه {سبب دومی} که می آید {به صورت مانع تصویر شود یا مقتضی. یعنی وجودش} مانع {از تأثیر سبب اول} باشد یا {عدمش} جزء مقتضی {سبب اول} باشد. در هر صورت وقتی بیاید سبب قبلی از کار می افتد إِمَّا لِأَجْلِ {وجود} المانع أو لِأَجْلِ عدم المقتضی. ولی عرض می کنم عود ملک به ملک واقف از باب این است که چه مانعیت باشد و چه دخالت عدمش در اقتضاء باشد، باید از باب این باشد که این مانع فقط در برهه ای مانع است، یا دخالت عدمش در اقتضاء فقط در برهه ای است، والا اگر برهه نباشد و مستدام باشد که خود شما هم پذیرفتید که دیگر آن سبب سابق اثری ندارد. پس تمام الاثر راجع به زمانی و محدود بودن است.

شما این را باید درست کنید که آیا دلیل نفوذ و اثر سبب جدید فقط در زمان است یا نه. این را باید حل کنید. یعنی جواب حقیقی این باید باشد، نه آن چیزی که شما فرمودید که ما نمی دانیم عروض ضد (که آن سبب جدید است) آیا از قبیل المانع است یا عدمش دخیل در مقتضی سبب سابق است. این چه تأثیری دارد؟ تأثیر مال این است که این ضد و سبب جدید که آمد مثل بیع، مثل هبه، مثل وقف علی من ینقرض تأثیرش و نفوذش در یک برهه معین است یا دائمی است، وقتی موقتی است دیگر تفاوتی ندارد که وجودش مانع از سبب قبلی باشد یا عدمش دخیل در مقتضی آن سبب باشد. هر چه باشد اگر تأثیرش در برهه ای از زمان باشد بعد از رفع این تأثیر سبب قبلی تمام می شود و برمی گردد به جای خودش. بنابراین محور بحث باید این باشد.

اشکال صحیح به جواب سوم: ادله نفوذ سبب دوم ظهوری در محدودیت زمانی ندارند

به نظر من اشکال صحیح به این استدلال این است که ادله نفوذ سبب جدید، ظهوری در زمان ندارند، ظهوری در محدودیت زمانی ندارند. اینها را دوستان دقت کنند. دلیل وقف علی من ینقرض هرچه می خواهد باشد، چه وقوف علی حسب ما یوقفها اهلها باشد، یا قدر متیقن باشد، ظاهرش زمانی نیست. دلیل نفوذ زمانی نیست. دلیل نفوذ می گوید وقف همانطوری است که واقف وقف کرده است. آنوقت این نافذ است مطلقا در طول عمود زمان. منتهی ممکن است خود آن وقف یک محدودیتی داشته باشد که بحث دیگری است، وقف الی مدة باشد، یا وقف علی من ینقرض باشد. عرض ما این است که این استدلال متوقف هست بر اینکه آن مانع یا آن چیزی که عدمش می خواهد دخیل در مقتضی سبب سابق باشد که همین وقف علی من ینقرض هست، زمانی باشد، یعنی باید سبب در عمود زمان فقط در یک قطعه ای سببیت داشته باشد و دلیل نفوذ در یک زمان خاصی آن را بگیرد.

حالا حرف ما این است که شمول در زمان خاص خلاف ظاهر ادله نفوذ این اسباب است. مثلاً (حالا بیع و اینها را که خود این آقایان قبول دارند) در وقف علی من ینقرض دلیل نفوذ اگر اطلاعات اوفوا بالعقود باشد، و یا اگر الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها باشد و یا اگر بناء عقلاء باشد، هیچکدام زمانی نیست. حتی اگر بناء عقلاء را هم ما بگوئیم که دلیل لبی است، نکته اش مسلماً عمومیت دارد. در وقف چه خصوصیتی دارد که وقف علی من ینقرض باشد یا نباشد. اگر ما تصحیح کردیم وقف علی من ینقرض را، مثل بقیه مواردی که تصحیح می کنیم امضاءش به صورت مطلق است، یعنی وقف علی من ینقرض مثل بقیه اوقاف است. نه این که ما بگوئیم این وقف را ما تا این زمان معتبر می کنیم. این نیست.

انتفاء موضوع غیر از موقت بودن دلیل نفوذ است

بله موضوع وقف علی من ینقرض یا وقف الی مدة مرتفع می شود. این مثل این می ماند که کسی ملکش را بفروشد، بیع سبب جدید است برای ملکیت مشتری؛ حال اگر مشتری مرد موضوع مالکیتش منتفی می شود نه اینکه دلیل امضاء بیع، خاص {و محدود به عدم مرگ مشتری} باشد، این گونه نیست که دلیل {امضاء} بیع، نسبت به بیع مشتری ای که بعد از دنیا می رود تنها نسبت به زمان حیات بیع را نافذ کند.

دلیل اوفوا بالعقود یا احل الله البیع به نحو اطلاق است. منتهی آن آقایی که مالک می شود با موت از دلیل خارج می شود. خارج شدن معنایش این نیست که دلیل نفوذ زمانی بوده است.

اینجا هم همین است. اشکالی که به نظر من به این تقریب وارد است این است که ادله امضاء ظاهرش زمانی نیست. البته هر کجا زمانی بود این حرفها درست است ولی اینها زمانی نیست. ادله نفوذ وقف علی من ینقرض در زمان خاصی نیست.

این جواب درست به این تقریب است.

خلاصه رد دلیل پنجم

نتیجه این شد که در جواب به این استدلال به نظر ما این می رسد که جواب درست این است که التزام به این نتیجه اشکالی ندارد. اگر در استلزامات کسی مبنائاً تشکیک دارد سر جای خودش، جدای از اشکالات مبنائی به نظر ما می توان به این نتیجه ای که مستدل می گوید ملتزم شد. بنابر این لازم نیست برای اینکه آن لازمه پیش نیاید که ارث و میراث برای موقوف علیهم شود ما قائل بشویم که وقف اینجا صحیح نیست و حتما حبس است. چه مانعی دارد دارد ارث موقوف علیهم شود؟ مگر مرحوم شیخ مفید ملتزم نشد، مگر صاحب سرائر ملتزم نشد. ما اجماعی بر علیهم نداریم که مشکلی ایجاد کند. این جواب صحیح به ایشان است.

تا اینجا تمام الکلام در ادله ای که بر بطلان وقف علی من ینقرض گفتند، و به نظر ما هیچکدامش تمام نبود.

ادله صحت وقف علی من ینقرض

حالا نوبت می رسد به ادله صحت. ادله صحت مختلف است، و اینطور هم نیست که همه به همه این دلیلهای تمسک کرده باشند.

بعضی ها به «اوفوا بالعقود» تمسک کرده اند.

بعضی ها به «الوقوف حسب ما یقفها اهلها» تمسک کرده اند.

بعضی ها به صحیحه این مهزیار و صحیحه صفار تمسک کرده اند (که قبلاً در نیمه دوم جلسه ۶۲ و نیمه اول جلسه ۶۳ بحثش شده بود و دوباره هم عرض می کنیم، که بحث کل وقف الی وقت معلوم صحیح است اما اگر غیر معلوم باشد جهل مجهول گفتند باطل است. یا گفته اند کل وقف الی غیر مدة صحیح نیست. ما قبلاً بحث کردیم اجمالهای متعددی در این دو روایت وجود دارد که جلو استدلال را می گیرد. علاوه بر اینکه به نظر ما بر خلاف ادل است تا اینکه بخواهد وقف را تصحیح کند. منتهی مثل مرحوم سید (که آدم قدر است) می گوید می توانیم به این دو روایت تمسک کنیم برای تصحیح. مرحوم صاحب ریاض هم به این روایتها تمسک می کند، منتهی می گوید چون ما خارجاً می دانیم که وقف الی مدة نمی تواند وقفاً صحیح باشد، پس مجبوریم از آن رفع ید کنیم بگوئیم حسباً صحیح است، که خود این هم یک داستانی است. ما همه اینها را انشاءالله بحث می کنیم.

البته روایات دیگری هم هست. مرحوم سید به همه اینها تمسک می کند. مرحوم شیخ همه اینها را بیان می کند. علاوه بر آن روایات دیگری را هم بحث کرده است.

ما همه اینها را می آوریم و یک به یک باید بحث کنیم، و البته راجع به برخی از اینها ما قبلاً نظرمان را گفتیم و اینجا همان تکرار می شود و بالاجمال از آن عبور می کنیم.

تحلیل حقیقت وقف

اما قبل از همه اینها ما باید یک کار دیگری انجام بدهیم، چون هم در بحث آتی که بحث صحت و تمسک به روایات است تأثیر گذار است، و هم در بحث ذیل این فرع شانزدهم که بحث انتقال به واقف یا ورث واقف است یا اینکه ملک بعد الانقراض برمی گردد و می شود ملک ورثه موقوف علیهم، در آنجا هم بسیار اثرگذار است. و فی حد ذاتها هم بحث مهمی است. البته ما همه آن بحث را اینجا نمی توانیم استیفاء کنیم ولی باید اشاره کنیم چون در بحث ما تأثیرگذار است. و آن این است که حقیقت وقف چه چیزی است.

ولذا مرحوم آخوند این بحث را اینجا بحث کرده، مرحوم سید اجمالا اشاره می کند. و مرحوم شیخ نیز بحث می کند که حقیقت وقف چیست تا تأثیرش را در تمسک به روایات هم نشان بدهد. ایشان می گوید وقتی شما می خواهید برای ادله صحت به اوفوا بالعقود تمسک کنید، به الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها تمسک کنید، باید حواستان باشد که وقف را چه می دانید. در یک صوری وقف مصطلح ثابت می شود و در یک صوری نمی توانید آن را ثابت کنید. لذا این بحث مهمی است.

در فرع ذیل همین فرع شانزدهم که قبلاً گفتیم این مسأله شانزدهم دو تا فرع در آن هست، یکی همین بحث تکلیف وقف علی من ینقرض است از جهت صحت و فسادش و از جهت اینکه وقف است یا حبس است، و یکی هم اینکه بعد از انقراض ارث چه کسی می شود؟ آیا برمی گردد به واقف و ورثه واقف یا ورثه موقوف علیهم، یا همانطوری که برخی مثل ابن زهره گفته اند باید در وجوه بر مصرف شود، که ظاهرش این است که وقف صحیح و تمام است حتی بعد الانقراض، که می گوید ما می خواهیم آن را مراعات کنیم، بذا باید در وجوه بر مصرف شود. در همه اینها این مسأله مهم است که وقف چه چیزی است؟ اگر حبس باشد یک اثری دارد، اگر تملیک باشد اثر دیگری دارد. اینجا فوق العاده بحث های دقیقی وجود دارد. البته ما همه را نمی توانیم اینجا بحث کنیم. اشاره ای می کنیم، برخی را هم باید به جاهای دیگری احاله دهیم.

تحلیل صاحب عروه از حقیقت وقف: وقف ایقاف است

مرحوم سید در این بحث فعلی ما آنجایی که دیگر از جاده در می رود می گوید: «ما این محدودیتها را نمی پذیریم، اینجا وقف الی مدة اصلا اشکالی ندارد، نه الی مدة اشکال دارد، نه علی من ینقرض اشکال دارد. چرا؟ برای اینکه وقف ایقاف است، اصلا تملیک نیست که مرحوم شیخ ما را بکشاند به اینجا که تملیک الی مدة صحیح نیست، که اگر تملیک الی مدة هم بود جواب داشت ولی می گوید اصلا این نیست.

ایشان در صدر بحث می فرماید ما اینجا اجماعی نداریم و عمومات و روایات هم اینجا را می گیرد. «مع أن الصحیحین المتقدمین مضافا الی العمومات دالان علی صحته وقفا» هم دو صحیح ابن مهزیار و صفار و هم عمومات که شامل اوفوا

بالعقود و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها می شود اینها دال بر صحت وقف هستند و شامل فرض حاضر می شوند «سواء ارجعنا الاول الی الثانی» یعنی روایت ابن مهزیار را به روایت صفار برگردانیم کما ذکره صاحب الجواهر (که به نظرم ظاهرا این حرف درست نیست، که بعد عرض می کنیم) «أو الثانی الی الاول» یعنی روایت صفار را به روایت ابن مهزیار برگردانیم «کما ذکرنا» بعد فرموده اند: «بل مقتضی ذیل الثانی و هو قوله علیه السلام الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها صحته مع قطع النظر عن دلالة صدره». که اصلا ما ذیل را یک کبرای کلی بگیریم که الوقوف علی حسب ما یوقفها (یا یقفها) اهلها است.

در پائین مرحوم سید دیگر ظاهرا از جاده در می رود، بعد از اینکه اشکالات دیگران را در صحت وقف می گوید، می فرماید: «وإن شئت الحق الصریح نقول لا دلیل علی اعتبار التأیید اصلا» نه در وقف علی من ینقرض، بلکه در وقف الی مدة هم دلیل نداریم «و أنه یصح حتی الموقت الی مدة». آن فرع قبلی که ایشان آنجا با تممجمع می فرمود که لو ثبت الاجماع قائل می شویم، دیگر عبور می کند، گویی اجماع را قبول دارد. (که آنجا ما گفتیم ظاهرش این است که دیگر نمی خواهد دعوی کند که اجماع ناتمام است). اینجا می زند زیر همه چیز و می گوید اجماع که تمام نیست، و ادله اطلاقات هم که شامل می شود، بنابر این «إن شئت الحق الصریح» که اصلا وقف الی مدة هم صحیح است. و الاجماع المدعی ممنوع. بعد راجع به این بحث کرده، بعد گفته اگر اجماع هم تمام بود کاشف نبود.

که دیگر اینها همه را ما بحث کردیم. این حرفها درست نیست، هم اجماع تمام است و هم اجماع کاشف است، و دلیل های دیگری هم که داشتیم.

مقصودم این است که ایشان اینجا می فرماید که وقف ایقاف است. می فرماید: «و دعوی أن الوقف لا یصدق الا مع التأیید فهو معتبر فی مفهومه (می گوید این را قبلا گفتیم صحیح نیست) کذا دعوی أن مقتضی الوقف الخروج عن ملكية کذا (این هم درست نیست) فإنک عرفت أن الوقف ایقاف لا تملیک».

در وقف الی مدة هم دو صفحه قبل از این است (در صفحه ۱۹۲) آنجا هم ایشان می فرماید که چون وقف ایقاف است، تملیک نیست که مشکلی باشد.

بنابراین راجع به اینکه حقیقت وقف چیست چند نظر هست. یک نظر، نظر مرحوم سید است که وقف ایقاف است.

مراد از ایقاف بودن وقف

ما قبلاً یک بحث اجمالی راجع به این کردیم. کسانی که می گویند وقف ایقاف است چه می خواهند بگویند. آیا می خواهند بگویند مفهوم وقف ایقاف است، مفهوم عرفی اش این است؟ خب این چه اثری دارد؟ ما در دو سه جلسه قبل عرض کردیم که اگر شما از دخالت و عدم دخالت یک امری در مفهوم عرفی وقف می خواهید به این برسید که حقیقت وقف چیست، اینکه اصلاً مغالطه است. چون اینکه مفهوم عرفی وقف مثل مفهوم اولیه صلح، مثل مفهوم اولیه زوجیت چیست این اصلاً اثر مهمی در کشف ماهیت یک عقدی به نام زوجیت، عقدی به نام بیع، عقدی به نام وقف، یا ایقاعی به نام وقف ندارد. اینها عند العقلاء اسباب و اعتباراتی هستند، اینکه این سبب چیست و چه آثاری دارد با کنکاش در مفهوم عرفی لفظ بدست نمی آید. بنابراین به نظر ما مغالطه روشن است. شما که می گوئید وقف ایقاف است چه چیزی را می خواهید ثابت کنید؟

البته ما قبلاً سر جای خودش به تناسب عرض کردیم که اینکه وقف ایقاف است در برخی از کلمات فقهاء متقدم هم بوده است. البته متقدم که می گوئیم یعنی قرن هفتم و هشتم. من آوردم که ظاهراً در کلمات شهید اول یا جامع المقاصد است که ایشان هم گفته است وقف ایقاف است.

موافقت حضرت امام با ایقاف بودن وقف

در بحث آتی (که انشاءالله آنجا باید ما اینها را به تفصیل بحث کنیم به مناسبتی که مهم است) مرحوم امام در همین تحریر در مسأله ۶۷ و در متن وسیله در بحث تعیین تکلیف ملکیت در وقف و اینکه آیا از ملک واقف خارج می شود؟ به ملک موقوف علیهم داخل می شود؟ در وقفهای عام چگونه است و به ملک چه کسی داخل می شود؟ در مثل مسجد و مشاهد شریفه چگونه است و ملک چه کسی است؟ بحث های خیلی دقیقی مطرح است.

ما نمی خواهیم آن بحثها را در اینجا طرح کنیم، ولی توجه به آنها در بحث فعلی ما خیلی مهم است.

مرحوم شیخ حرف فوق العاده دقیقی دارند که اگر این دقتها را نکنیم منظور ایشان را نمی فهمیم. عدم توجه به این مباحث دقیق موجب شده است که برخی از علماء از جمله برخی از علماء معاصر در اینکه این تملیک در وقف هست یا نیست عجیب دچار اشکال شده‌اند.

در مسأله ۶۷ مرحوم سید در متن و امام ره در تحریر دارند که^۱: «لا ینبغی الاشکال فی أن الوقف بعد تماميته یوجب زوال ملک الواقف عن العین الموقوفة الا فی منقطع الآخر الذی مَرَّ التأمل فی بعض اقسامه». که همین بحث ما را بعضی‌ها همینجا هم گفته بودند که در بعضی اقسامش علی تأمل که اصلاً از ملک مالک خارج می شود یا نه.

بعد گفته اند: «کما لا ینبغی الریب (که در جهات عامه مثل مساجد و مشاهد و قناطر و خانات و اینها) لا یملکها احد بل هو فک الملک و تسبیل المنافع علی جهات معینه». این در تحریر است. بعد در ذیل بعد از اینکه در متن تحریر می گوید که چند نظر هست راجع به کیفیت ملک، ایشان می فرماید: «وجوه لا یبعد أن یکون اعتبار الوقف فی جمیع اقسامه ایقاف العین لدرّ المنفعة علی الموقوف علیه فلا تصیر العین ملکاً لهم و تخرج عن ملک الواقف الا فی بعض صور المنقطع الآخر کما مرَّ».

می گوید اصلاً بعید نیست ما این را بگوئیم که وقف در تمام اقسامش ایقاف عین است، چرا؟ لدرّ المنفعة علی الموقوف علیه. فلا تصیر العین ملکاً لهم. این، ایقاف این ملک هست، ملک برای کسی نمی شود. و تخرج عن ملک الواقف الا فی بعض صور المنقطع الآخر کما مرَّ. اینکه از ملک واقف خارج می شود این مسلم است، اما لازم نیست قبول کنیم که به ملک کسی در می آید.

این فرمایش مرحوم امام در تحریر الوسيلة.

نظر مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة: وقف مفید ملک است

^۱ - تحریر الوسيلة جلد ۲ صفحه ۷۷

امروز نگاه کردم دیدم در وسیله مرحوم سید این را قبول ندارد، ولذا این تعبیر که وقف ایقاف است لدر المنفعة را ایشان قبول نکرده است. و فرموده است که در وقف خاص ملک موقوف علیهم می شود. حتی در وقف عام هم می گوید ملک عناوین می شود.

می فرماید: «و اما الوقف الخاص كالوقف على الاولاد و الوقف العام على العناوین العامة كالوقف على الفقراء و الفقهاء والطلبة و نحوها فإن كانت وقف منفعة بأن وقف علیهم بأن يكون منافع الوقف لهم فيستوفونها بأنفسهم أو بالاجاره أو ببيع الثمرة و غیر ذلك فالظاهر أنهم كما يملكون المنافع ملكاً طلقاً يملكون الرقبة أيضاً ملكاً غیر طلقاً».

اگر وقف منفعت باشد، مالک عین هم می شوند که مالک منفعت می شوند. اما اگر وقف انتفاع باشد اینجا ایشان گفته است اختلاف است و وجوهی است و اختیار هم نمی کند کدام وجه، می گوید اختلاف نظر است.

مقصودم این است که: اینکه وقف ایقاف است کلام مرحوم سید صاحب عروه است. و امام متأثر از سید است اینجا که می فرماید وقف ایقاف عین است. اما سید صاحب وسیله ایشان صریحاً می گوید که در وقف خاص وقف اولاد و امثال آنها می شود، و در وقف عناوین عام مثل فقراء و علماء هم آنجا ملک عناوین می شود، و در باقی هم ایشان بحث می کند (البته با یک تفصیلی که وقف تملیک منفعت باشد یا انتفاع که مفصل می آید).

عرضم این است که این که وقف ایقاف باشد قائل اینچنینی دارد.

حالا منظورشان چیست؟ اینکه وقف ایقاف باشد چه چیزی را حل می کند؟ مثل این است که شما بگوئید وقف، وقف است. اگر مقصودتان این است که مفهوم وقف ایقاف است یعنی ایستادن است به معنای لغوی است، ما گفتیم اینکه مغالطه است که شما بخواهید با شکافتن معنای وقف به ماهیت یک پدیده حقوقی و یک اعتبار عقلانی پی ببرید. این اشکالی بود که به ذهن می آمد.

نظر مختار در تحلیل وقف: وقف یک مجعول اصالی است شبیه ملکیت و زوجیت

^۱ - وسیلة النجاة صفحه ۵۴۲ مسئله ۶۷

منتهی اگر یاد دوستان باشد ما در اوائل بحث وقف خودمان یک نظری اتخاذ کردیم، گفتیم اگر بتوانیم بپذیریم که وقف خودش یک مجعول اصالی است، کما اینکه آنجا در مورد مسجدیت چنین احتمالی دادیم که در کلمات نیامده بود، بعد دیدم مرحوم نائینی یا مرحوم آقا ضیاء عراقی در حاشیه فوائد الاصول به تناسب مائی می گوید که ما در مسجدیت هم بگوئیم یک اعتبار استقلالی است.

مراد از مجعول اصالی بودن وقف

این بحث فوق العاده دقیقی می شود. ما ادعا کنیم که وقف خودش یک مجعول اصالی است. یعنی چه که مجعول اصالی است؟ یعنی یک اعتباری است مثل ملکیت و زوجیت، که آنهایی که اهل دقت هستند مثل مرحوم اصفهانی از اینها به اعتبارات اولیه تعبیر می کنند در مقابل انتزاعیات. این همان معنای اعتباری است که مرحوم علامه طباطبائی در اصول فلسفه و روش رئالیسم در مقاله اعتباریات و غیره اعتبار را به این معنا گرفته است. و اصلش هم متخذ از محقق اصفهانی است. ما ادعا کنیم همانطور که در باب زوجیت، در باب ملکیت، اعتباری داریم به نام ملکیت، و مهم هم نیست که اعتبار چی باشد. یعنی چه مفهومی را ما اینجا تطبیق کرده باشیم به غیر مصداق برای ترتیب آثار، منتهی ذوق و سلیقه و تناسبات اقتضاء می کند که در باب ترتیب آثار ملکیت تکوینی عنوان ملک را بیاوریم که عرفا یعنی سلطنت، یعنی یک نحوه اضافه به من و در اختیار بودن، این را اعتبار کنیم. این فقط ذوق و سلیقه است. این هیچ کشف نمی کند که ماهیت آن اعتبار چیست. فقط یک تناسب ذوقی است. در زوجیت هم همینطور است (که چند روز پیش توضیح دادیم).

در ملکیت و زوجیت چه رخ می دهد؟ عقلاء می آیند اعتبار می کنند که هذا ملک. چرا؟ برای اینکه آثاری بار کنند. بنابر این عقلاء باید در مرتبه دیگری، حالا مرتبه سابق یا همراه این اعتبار باید یک کبرایی داشته باشند که کلما کان {شیء} ملکا له هذه الآثار. این را دارند بعد می گویند هذا ملک این اثر هم بر آن مترتب می شود. احکام وضعیه را اگر گفتیم غیر از احکام تکلیفیه است و منتزع از آنها نیست، بهترین بیانش همین است، که احکام وضعی مثل ملکیت، زوجیت، ولایت، قضاوت (اگر گفتیم یک حکم وضعی است) اینها از این سنخ هستند، یعنی یک اعتبار ابتدائی هستند، یک مجعول اصالی هستند. مجعول اصالی یعنی چه؟ یعنی خود این را عقلاء یا شارع وضع کرده اند برای ترتیب آثار. یعنی اینطور کبرایی گفته اند که هر وقت ما اعتبار کردیم که دو نفر زوج هستند این آثار را دارد، به هم محرم می شوند، از هم ارث می برند، دیگران

بعضی احکام نسبت به اینها دارند مثلاً حق نگاه کردن ریه‌ای و ازدواج و لمس و مضاجعت ندارند. این احکام هست. هر وقت که زوجیت اعتبار شد این مجعول اصلی است. هر وقت ما گفتیم یک چیزی ملک است، مثلاً من حاز ملک چیزی را که حیازت کرد مالک می‌شود، این یک اعتبار ابتدائی است. خب مالک شد چه می‌شود؟ در جاهای دیگر گفتیم که کل من ملک شیئا این آثار را دارد، حق تصرف دارد، دیگران ممنوع هستند و الی آخر. ما این را در آنجا گفتیم. اگر تحلیل عرفی وقف با این همراه باشد آنوقت آثار زیادی دارد.

امکان حمل کلام مرحوم سید و حضرت امام بر مجعول اصلی

حالا من عرضم این است که چه بسا مرحوم سید و مرحوم امام و کسانی که این حرف را پذیرفته اند که الوقف هو الایقاف، لبا مقصودشان همین بوده است که ادعا کنند وقف خودش یک مجعول اصلی است. یعنی چه؟ یعنی همانطور که ملک مجعول اصلی است، زوجیت مجعول اصلی است، یک مجعول اصلی داریم به نام الوقف. اثرش چیست؟ اثرش این است که عقلاء احکامی را بار می‌کنند و امضاء شده، یا در روایات آمده است که لا بیاع و لا یورث و اینکه دیگر حق تصرف ندارد و اینکه مال موقوف علیهم می‌شود. این احکامش هست.

بنابراین همانطور که در باب ملک و در باب زوجیت گفتیم که یک مجعول اصلی است مولا یا عقلاء یک کبرای کلی گفته اند که هر وقت ما اعتبار ملک در جائی کردیم این اثر را دارد، در باب وقف هم بگوئیم عقلاء می‌گویند ما یک وقف به عنوان یک اعتبار ابتدائی داریم، هر وقت گفتیم شیئی وقف این آثار را دارد.

این به نظرم حرف خوبی است و مختار خود ما هم هست.

البته من دارم حمل می‌کنم فرمایش این بزرگان را، نمی‌توانم بگویم خیلی در کلماتشان شاهد داریم که مرادشان همین است. به نظرم این بهترین تفسیر برای فرمایش آنها است. والا بگوئیم الوقف هو الایقاف لغة چه فائده ای دارد. ما که می‌گوئیم وقف هو الایقاف، این را باید تحلیل و تفسیر کنیم که وقف یک مجعول اصلی است. اثرش چیست؟ اثرش همین چیزهایی است که شما بر آن بار کردید.

آنوقت اینجا خیلی بحث های دقیقی پیش می‌آید. انشاءالله فرمایش مرحوم شیخ را که می‌خواهیم طرح کنیم معلوم می‌شود که چقدر فرق است بین این حرف و حرفهای دیگر.

پس یک نظریه اینطور می تواند باشد که بگوئیم وقف یک مجعول اصالی است، عقلاء یا روایات هر کجا این وقف را ثابت می کنند دارند امضاء می کنند این مجعول اصالی را.

مجعول اصالی در وقف تملیک نیست

آنوقت این مجعول اصالی ممکن است تملیک نباشد، چرا؟ چون خودش غیر از تملیک است. خودش الوقف است. اصلا الوقف یک چیزی است در عالم، مثل الملک، مثل الزوجیت، مثل اینکه ما می گفتیم مسجد هم همینطور است. مسجدیت اصلا خودش یک چیزی است. آنجا عرض کردیم لازم نیست شما مسجد را به وقف برگردانید. کما اینکه علماء همه گفته اند مسجد وقف است. مسجد ممکن است وقف باشد ولی حقيقة المسجدية الوقفية نیست، به خود مجعول اصالی است. یک چیزی در عالم داریم به نام مسجدیت. وقف هم همینطور است.

این را دوستان عنایت کنند تا جلسه بعد. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۸۸
- خلاصه مباحث گذشته ۸۸
- بررسی ایقاف بودن وقف ۸۹
- آثار مجعول اصالی بودن وقف ۹۰
- طبق مجعول اصالی بودن وقف، التزام به تملیک یا خروج از ملک واقف بستگی به مورد دارد ۹۱
- نظریه دوم در ماهیت وقف: محقق خراسانی وقف مرتبه ای از حبس است ۹۱
- نظریه سوم: وقف تملیک متفصل به حبس است ۹۲
- نظر چهارم: وقف اشنائی است که خارجا ملازم با تملیک است ۹۳
- رد نظریه سوم و چهارم توسط مرحوم آخوند ۹۴
- تبیین تفاوت حبس اصطلاحی و وقف توسط محقق خراسانی ۹۴
- تشبیه مراتب حبس به مراتب وجوبی و استحبابی طلب ۹۵
- نتیجه نظریه دوم: صحت وقف علی من ینقرض ۹۶
- وقف حبس بالمعنی الاخص نیست چون خلاف قصد واقف است ۹۶
- بررسی نظر محقق خراسانی ۹۷
- اشکال اول: عدم تأثیر مقدمه در بحث ۹۷
- شاید غرض آخوند از ذکر مقدمه، ابطال مقدمات مرحوم شیخ در وقف الی سنه باشد ۹۷
- اشکال دوم: ما قبول نداریم که عقلاء برای حبس دو مجعول اصالی قائل باشند ۹۸
- اشکال سوم: ایجاد هریک از مجعولهای اصالی نیاز به قصد خاص دارد و در وقف، قصد مرتبه علیای حبس نمی شود ۹۸

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض**خلاصه مباحث گذشته**

بحث ما در مقدمه ای بود که برخی از فقهاء در بحث وقف علی من ینقرض قبل از طرح ادله بر صحت مطرح کرده اند. و ظاهراً از این باب بوده است که این مقدمه را در اتخاذ تصمیم در کیفیت تمسک به ادله صحت اثرگذار می دانستند هر چند که ما آن را نپذیریم.

مرحوم آخوند این بحث را به عنوان مقدمه در اینجا آورده و فرموده قبل از تنقیح مسأله ادله صحت باید یک مقدمه تقدیم کنیم. مرحوم شیخ انصاری نیز در این بحث دو مقدمه ذکر می کند که یکی از آنها همین مقدمه است. و آن مقدمه بحث از ماهیت وقف است.

سه نظر از مرحوم شیخ انصاری در تقریرات نقل شده است که مرحوم آخوند به صورت مندمج آنها را مطرح می کند، البته مختار ایشان غیر از نظری است که مرحوم شیخ قبلاً اتخاذ کرده بود. و عجیب این است که مرحوم شیخ در اینجا تغییر مسیر می دهد و خودش هم تصریح می کند که ما تا به حال نظری داشتیم اما در اینجا به صورت دیگری بحث می کنیم.

نظریه اول: (این نظریه در کلمات شیخ نیامده و جزء آن سه نظریه نیست) فرمایش مرحوم سید بود در تکمله عروه در همین بحث وقف، لعل در جاهای دیگر هم ایشان مطلب را آورده باشد، که وقف ایقاف است. فرمایش مرحوم سید را مرحوم امام ره هم در تحریر الوسیله اختیار می کنند، گرچه مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله جور دیگری فرموده بودند و مطلب را بر اساس اینکه وقف ایقاف است مطرح نکرده بودند. در مسأله ۶۷ وسیله و تحریر الوسیله این مسأله به تفصیل می آید که انشاء الله بحث می کنیم. حضرت امام قدس الله نفسه الزکیة مسأله ۶۷ وسیله را تغییر داده اند، البته صدرش همان است ولی ذیل را تغییر داده اند و مسأله را بر محور اینکه وقف ایقاف است جلو برده اند، کلاً با آنچه که سید ره در متن وسیله فرموده خیلی فرق می کند. اصل این حرف هم متخذ از مرحوم صاحب عروه است که فرموده اند وقف ایقاف است.

ما در اوائل بحث سال گذشته که بحث تعریف وقف بود یکی دو جلسه راجع به همین بحث کردیم.

بررسی ایقاف بودن وقف

در آنجا ما نقد کردیم فرمایش مرحوم صاحب عروه و امام و برخی علمای معاصر را که بر اساس این ممشی مشی کرده‌اند، چون ظاهر کلامشان این است که می‌خواهند از معنای لفظ وقف که وقف ایقاف است استفاده کنند. منتهی ما در همین جلسات گذشته و همچنین در جلسات سال قبل بحث کردیم که از معنای لفظ وقف نمی‌توان به ماهیت وقف پی‌برد و تلاش برای پی‌بردن به خصائص و مقومات ماهیت وقف که نهادی عقلانی یا شرعی است از معنای لغوی لفظ مغالطه‌ای بیش نیست.

منتهی جلسه گذشته عرض کردیم که ما در همان اوائل بحثها یک نظری را مطرح کردیم که گمان می‌کردم نظر خودم هست، و آن اینکه وقف اصلاً مجعول بالاصالة باشد، خودش یک مجعول استقلالی باشد، مثل ملکیت. ما نباید دنبال این باشیم که وقف را بر اساس تملیک یا تحبیس یا چیز دیگری معنا کنیم، بلکه هذا وقف مثل هذا ملک است، مثل هذا زوج است. یعنی خودش با انشاء یا اعتبار شخص (اگر ایقاع باشد و اگر عقد باشد با اعتبار طرفین) {به هدف} تسبیب برای حصول یک اعتبار عقلانی {پدید می‌آید} که از آن به مجعولات بالاصالة تعبیر می‌کنیم.

آنجا ما این را به عنوان نظر خودمان طرح کردیم و از آن هم دفاع کردیم. شواهدی هم آوردیم و گفتیم همه جا در روایات و غیره که وقف آمده ظهورش همین است که خودش مستقل است، معنایش این نیست که این را باید تحویل به چیز دیگری برد. وقتی می‌گویند وقف در مانند الوقوف حسب ما یقفها اهلها، ظاهرش این است که خود وقف یک مجعول بالاصالة است هر وقت مصداقش پدید آمد آثارش مترتب می‌شود. مثل ملکیت، اگر بگویند کل ملک کذا، یا مثل زوجیت که کل زوج این آثار را دارد، آنجا شما نمی‌روید بگوئید زوجیت را بر اساس چیز دیگری معنا کنیم، بلکه می‌گوئیم زوجیت خودش به تعبیر امروزی ها یک نهاد عقلانی مستقل است که امضاء الشارع. یا یکوقتی می‌شود تأسیس ابتدائی شارع باشد ولی یک نهادی را تأسیس می‌کند. ملکیت هم یک نهاد عقلانی است که شارع آن را امضاء کرده و آثاری دارد.

در جلسه گذشته به ذهنم آمده بود که اصلاً ممکن است فرمایش مرحوم سید و بعد هم تبعاً فرمایش مرحوم امام همین باشد. اینکه اینقدر اصرار می‌کنند که وقف ایقاف است، اگر ظاهرش را بگیریم که چیزی از آن در نمی‌آید. مثل این است که بگوئیم وقف وقف است. بلکه شاید مقصودشان این چیزی باشد که ما عرض کردیم که یعنی وقف یک مجعول اصالی است.

این حرفی که الان دارم عرض می‌کنم و نسبتی که می‌دهم با بعضی کلماتشان می‌سازد، فقط نتوانسته اند مقصودشان را بیان کنند.

می‌فرمایند وقف ایقاف است لذا دنبال تملیک نباشید و خروج از ملکیت واقف و دخول در ملک موقوف علیهم آثاری است که قد يحصل و قد لا يحصل، اما خود حقیقت وقف ایقاف است، متأسفانه تا جایی که فحص کردم هیچ کجا نفرموده‌اند این یک مجعول اصالی است، نگفته اند که خودش یک حکم وضعی مستقل مثل ملکیت و زوجیت است. البته شاید تتبع تمام نباشد، ولی تا جائی که فحص کردم نیافتم. حتی از نرم افزار نور هم استفاده کردم در فرمایش مرحوم سید در کتاب القضاء دو سه مورد بود که همه را نگاه کردم چیزی تصریح نشده بود مگر اینکه از فحوی استفاده بشود. {لذا به ایشان نسبت نمی‌دهم} ولی لعل مقصود این بزرگواران مطابق نظر ما باشد.

آثار مجعول اصالی بودن وقف

اگر ما این حرف را بپذیریم که وقف یک مجعول اصالی است و تحققش مثل تحقق ملک است، یعنی با انشاء وقف، واقف مصداقی از آن اعتبار عقلائی یا مجعول اصالی را ایجاد می‌کند باعث می‌شود همه آثار و احکامی که در روایات برای وقف بیان شده و بر آن بار شده بر این نیز مترتب شوند. دقیقاً مانند آن است که سوال شود ملک چه اثری دارد؟ می‌گوئیم هر اثری که شارع بالامضاء یا بالتأسیس بر ملک مترتب کرده است. اگر چیزی ملک انسان شد، انسان می‌تواند در آن تصرف کند، تصرف مالکی می‌کند، که یا تصرف خارجی می‌کند و یا تصرفات عقلائی به نقل و انتقال انجام می‌دهد، و دیگران ممنوع از تصرف هستند. این آثار ملکیت است.

در باب وقف هم همینطور است، ما اگر انشاء کردیم وقف را و مصداقی از وقف را ایجاد کردیم که البته معنایش این است که در مرتبه سابق باید این نهاد از ناحیه عقلاء جعل شده باشد، کما اینکه در ملکیت این است، کما اینکه در زوجیت این است و باید یک نهادی به نام زوجیت یا به تعبیر دیگر اعتبار عقلائی زوجیت به نحو کلی باید جعل شده باشد، آنوقت طرفین با انشاء خودشان و قصد خاصه مصداقی از این وقف را ایجاد می‌کنند.

طبق مجعول اصالی بودن وقف، التزام به تملیک یا خروج از ملک واقف بستگی به مورد دارد

آنوقت دیگر لازم نیست ما ملتزم شویم که در وقف تملیک هست، یا ملتزم شویم عین موقوفه از ملک واقف خارج می‌شود، مگر در مواردی که لازمه عقلانی یا لازمه شرعی وقف خروج از ملکیت باشد. مثلاً گفته می‌شود در وقف مؤبد ما خارجاً می‌دانیم مالک از همه تصرفات منع می‌شود و این یک حکم است. حال گفته می‌شود منع واقف از همه تصرفات، ملازم است با خروج عین موقوفه از ملک واقف. چون عقلاء برای کسی که نمی‌تواند هیچگونه تصرفی در ملکش نماید اعتبار ملکیت نمی‌کنند.

پس چنین لازمه‌ای ممکن است وجود داشته باشد و ممکن نباشد. مثلاً در وقف علی من ینقرض غالباً بنا بر اینکه صحیح باشد ممکن است منکر ملازمه عقلانی باشند و بگویند عین موقوفه از ملک مالک خارج نمی‌شود همانطور که مرحوم صاحب عروه ادعا می‌فرماید.

به نظر می‌آید اگر ما قائل شویم که حقیقت وقف یک مجعول اصالی است و خودش موضوع آثاری است و واقف با انشاء خودش به علاوه قبول موقوف علیهم یا بدون آن (علی فرض ایقاع بودن) مصداقی از این وقف را ایجاد می‌کند، آثارش هم همین است که در شرع آمده است. دیگر در بطنش نهفته نیست که این تملیک است یا خروج از ملک است. دیگر بستگی به اوضاع و احوال و افراد و مورد دارد که باید ببینیم آیا لازم می‌آورد خروج از ملک را یا نه، حتی دخول در ملک موقوف علیهم را لازم می‌آورد یا نه. که مرحوم سید ادعا می‌کند ما دلیل قاطعی نداریم که اصلاً لازم است در ملک موقوف علیهم داخل شود حتی در وقف مؤبد، حتی در وقف خاص. این حرفی است که انشاءالله در فرع ۶۷ وسیله مفصل این را آنجا بحث خواهیم کرد.

نظریه دوم در ماهیت وقف: محقق خراسانی وقف مرتبه ای از حبس است

مرحوم آخوند در رساله وقف پس از طرح مسأله وقف علی من ینقرض می فرمایند برای تحقیق مسأله باید مقدمه ای راجع به حقیقت وقف بیان کنیم. ایشان می فرماید: وقف به حسب لغت و شرع حبس است، نه تملیکی که متفصل به حبس باشد، و نه مساوق له خارجا.

مرحوم آخوند مثل خیلی وقت های دیگر آثار مرحوم شیخ جلو چشمش بوده، این حرفها، حرفهای مرحوم شیخ است که حالا ما به تفصیل عرض می کنیم. منتهی مرحوم آخوند یک ملائی است که جامع الاطراف است از حیث اینکه قدرت دارد تلخیص کند مطلب را. همین مطالب در تقریرات شیخ انصاری که مرحوم میرزا حبیب الله رشتی تقریر فرموده اند به عنوان التقاطات آمده، خیلی واضح است که اینها از آنجا متخذ است. منتهی چیزهایی که در آنجا سه صفحه است در اینجا ده خط شده است و ایشان تلخیص کرده است.

و یک مطلبی را ایشان در اینجا آورده که در آنجا نیست. و آن مبئائی است که اتخاذ می کند مبنی بر اینکه وقف نوعی حبس یعنی مرتبه ای از حبس باشد نه تملیک متفصل به حبس که بحث آن خواهد آمد.

نظریه سوم: وقف تملیک متفصل به حبس است

چون این تملیک یکی از نظریاتی است که خواهد آمد که بگوئیم وقف تملیک است، منتهی شما می دانید که تملیک در هبه هم هست، در صدقه بالمعنی الخاص هم هست، در بیع هم هست. پس تملیک جامع همه اینها است، پس باید فصلی برای آن بیاوریم. فصلی که تملیک وقفی را از تملیک های دیگر جدا می کند عبارت است از تملیک متفصل به حبس. یعنی تملیک می کند و در واقع حبس می شود از حیث اینکه قابل نقل و انتقال نیست، نه از طرف خود واقف، که اصلا از ملکش بیرون می رود، نه از ناحیه موقوف علیهم که آنها هم حق نقل و انتقال در ملک را ندارند، فقط در منافعش تصرف می کنند.

پس یک نظر این است که وقف تملیکی باشد متفصل بالحبس.

۱- طبع جدید رسائل مرحوم آخوند صفحه ۵۷

نظر چهارم: وقف اشنائی است که خارجا ملازم با تملیک است

یک نظر دیگر این است که وقف تملیک نیست، به صورت تملیک متفصل بالحبس که انشاء تملیک بشود، بلکه خارجا مساوق و متصادق است. یعنی مثلاً واقف انشاء می کند یک امری را، مثلاً وقف می کند، ولی خارجا متصادق و مساوق با انشاء تملیک می شود. ایشان اینجا توضیح نمی دهد. البته صلح را مثال زده است که باز این را هم از مرحوم شیخ گرفته است. مرحوم شیخ می فرماید صلح به معنای گذشتن و تجاوز کردن یعنی عبور کردن است. وایشان می فرماید وقتی انشاء می کند مفهوم عبور کردن را، واضح است که انشاء تملیک نیست، ولی خارجا ملازم است با تملیک. وقتی که شما صلح می کنید تملیک هم حاصل می شود. چون شرعا و عرفا صلح ها ملازم با تملیک است (شاید مقصودشان این است و از مثالی هم که بعد زده اند می شود فهمید) شاید مقصودشان این است که وقتی کسی انشاء صلح می کند بالتبع دارد انشاء تملیک هم می کند.

مرحوم شیخ دو سه مثال دیگر هم می زند که ایشان نیاورده اند. یکی از آنها انشاء اذن مطلق است. می گوید اگر کسی انشاء کند اذن را به نحو اطلاق در همه تصرفات (این را من عرض می کنم) با توجه به اینکه اذن در برخی تصرفات مسلماً متوقف بر ملک است معنای اذن مطلق یعنی اذن اذن داده است به مأذون که در تمام تصرفات آزادی دارد از جمله تصرفات مبتنی بر ملک {مانند فروش برای خودش به غیر یا هبه به غیر}. و چنین اذنی به نظر می آید الالتزام دارد با تملیک. پس در اینجا هم یک تملیک تبعی است از باب تملیک ملزوم به انشاء لازمش. انشاء کرده اذن را و این اذن لامحاله در برخی از موارد متوقف است بر ملک. بنابر این باید ملکی باشد تملیکی شده باشد تا این اذن به نحو اطلاق معنا داشته باشد، انتقال از یکی به دیگری می شود.

حرف شیخ ره در آنجا این است که: یک جاهایی مفاد مستقیم وقف و وقف این است که من تملیک کرده ام، ملک، البته بنحو خاص متفصلاً بالحبس، یعنی ملک، به این کیفیت که حبس بشود در نقل و انتقالات. یک جاهایی تملیک تبعی است، مثل چی؟ مثل اینکه اذن بدهد در جمیع تصرفات، اینجا تبعاً تملیک هم کرده است، چون بدون این معنا ندارد. یا انشاء صلح، که تبعاً تملیک کرده است. این هم یک صورت است.

پس یک نظریه این است که وقف عبارت باشد از مثل حبس یا ایقاف یا هر چیز دیگری، که لازمه اش تملیک بالالتزام است.

یک نظریه سوم هم هست که می گوید وقف حبس است.

رد نظریه سوم و چهارم توسط مرحوم آخوند

مرحوم آخوند این دو نظر را رد می کند، می فرماید اصلاً تملیک نیست. چرا؟ برای اینکه خیلی جاها ممکن است ما اصلاً بگوئیم که تملیکی در کار نیست، مثل مسجد، یا اوقاف عام که ممکن است بگوئیم اصلاً تملیکی در کار نیست. اینکه در موارد خاصی از وقف تملیک باشد غیر از این است که تملیک در ماهیت وقف دخیل باشد. بنابراین در مواردی ممکن است ملکیت هم حاصل بشود اما نه از باب اینکه ماهیت وقف تملیک کردن است. پس وقف چیست؟

تبیین تفاوت حبس اصطلاحی و وقف توسط محقق خراسانی

ایشان می گوید نه تملیک مستقیم است و نه تملیک بالالتزام است، بلکه حبس است. کما اینکه قبلاً گفتیم که لغة و شرعاً هو الحبس.

{اگر کسی بگوید تفاوت این تفسیر از وقف با حبس به معنی الاخص چیست زیرا} وقف یک چیزهای مازاد بر حبس هم دارد.

مرحوم آخوند می گوید بله، ما می توانیم بگوئیم که دو مرتبه از حبس داریم:

یک مرتبه علیای حبس که در وقف محقق می شود و اثرش این است که واقف در عین موقوفه نمی تواند هیچ تصرفی انجام دهد. خود موقوف علیهم هم حق نقل و انتقال ندارند، فقط می توانند از منفعت استفاده کنند.

یک حبس دیگر داریم که ما به آن مرتبه دنیا بگوئیم یا به تعبیر ایشان مرتبهٔ دون ذلک، یک مرتبه پائین تری هم داریم که این مرتبه پائین تر عبارت است از اینکه حابس یک سری از منافع را واگذار کند به محبوس علیهم، که معنایش این است که در این منفعی که واگذار کرده حق تصرف ندارد اما اینطور نیست که کلاً ممنوع باشد از تصرف. ولذا می‌تواند آن را به دیگری بفروشد به صورت مسلوب المنفعة تا مدتی که حبس است. (البته این فروش را من مثال زدم در متن ایشان نیست). مقصود این است که حابس از تقلیب و تقلبات شخصی بالمرة منع نشده است. بلکه تنها از تصرف در آن منفعی که به محبوس علیهم واگذار کرده منع شده است اما از دیگر تصرفات ممنوع نیست.

بنابراین محقق خراسانی حبس را دارای دو مرتبه می‌داند، یکی حبس اصطلاحی که حابس در آن از همه تصرفات ممنوع نیست و فقط از تصرفاتی که آنها را منتقل کرده به محبوس علیهم ممنوع است. و یک حبس مرتبه علیا که هم واقف دیگر ممنوع از هرگونه تصرفی است و هم موقوف علیهم حق تصرف نقل و انتقالی را ندارند و فقط می‌توانند از منافع استفاده کنند.

تشبیه مراتب حبس به مراتب وجوبی و استحبابی طلب

مرحوم آخوند می‌خواهد مسأله را به ذهن تقریب کند، می‌گوید شبیه استحباب و وجوب. می‌گوید کما اینکه در استحباب و وجوب هر دو در اصل طلب، مشترکند و هر دو مطلوبند و مورد طلب واقع شده‌اند، منتهی دو مرتبه از طلب را تشکیل می‌دهند، یک مرتبه از طلب با ترک نمی‌سازد که مرتبه لزوم و الزام و وجوب است و یک مرتبه از طلب با ترک می‌سازد ولو مرجوح باشد که می‌شود استحباب؛ در مراتب حبس هم به همین صورت است. و شارع بر مرتبه علیا یک اثر بار کرده و بر مرتبه پائینترش اثری دیگری بار کرده است.

ولذا نتیجه این می‌شود که به نظر مرحوم آخوند حقیقت وقف حبس است منتهی نه حبس مقید بلکه حبس مطلق، یعنی حبس است از همه تصرفات. که لازمه‌اش علی القاعده خروج از ملک واقف است و اینکه خود موقوف علیهم هم بعضی از این تصرفات مثل تصرفات ناقله را نمی‌توانند انجام بدهند. به خلاف حبس بالمعنی الاخص که برخی از منع‌ها به آن تعلق می‌گیرد و برخی از استیفائات را نمی‌تواند انجام دهد، اما مثلاً نقل و انتقال ملکی در آنجا می‌تواند انجام بدهد.

نتیجه نظریه دوم: صحت وقف علی من ینقرض

مرحوم آخوند پس از طرح این مقدمه در تحلیل ماهیت وقف تکرار می کند که وقف علی من ینقرض صحیح است. « إذا تمهد هذا ظهرت صحة القول الأول و هو صحة الوقف علی من ینقرض وقفا(نه حبسا) إذ المفروض ان الواقف قصد كما إذا وقف علی من لا ینقرض (واقف در من ینقرض و من لا ینقرض یک جور قصد می کند وقف را) فاذا صح حسبما هو قضية عموم الوقوف علی حسب {ما یقفها اهلها} صح وقفا لا حبسا. قلنا بان الوقف خصوص حبس (که حرف خود ایشان است) أو انه تملیک مخصوص متفصل بالحبس (که فرمایش اولیه مرحوم شیخ انصاری است)».

ایشان نتیجه می گیرد که بنابر این با این مقدمه، إذا تمهد هذا ظهرت صحة القول الاول، ما بگوئیم اصلا وقف علی من ینقرض وقفا صحیح است نه حبسا. چرا؟ می گوید برای اینکه وقتی شما قبول می کنید که وقف علی من ینقرض وقف و بعد هم کبرای وقف را تصحیح می کنید به اینکه الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها که شامل این وقف هم می شود پس این وقف صحیح می شود. حالا فرق هم نمی کند که بگوئیم وقف حبس است یا بگوئیم تملیک خاص است.

وقف حبس بالمعنی الاخص نیست چون خلاف قصد واقف است

بعد البته ایشان نفی می کند حبس را، می گوید اینجا حبس بالمعنی الاخص نمی شود. چرا؟ می گوید چون شخص قصد حبس نکرده بوده، بلکه قصد وقف کرده به معنای تملیک. (البته این را نمی دانم ایشان اینجا آورده یا نه). در ذیل فقط ایشان اشاره می کند به اینکه در وقف لا یورث، بخلاف الحبس، در حبس چون از ملک حابس خارج نشده ارث برده می شود اما در وقف دیگر ارثی در کار نیست چون از ملکش خارج می شود. و در حبس تصرفات غیرمنافی با استیفاء منافع توسط محبوس علیه جائز است، اما در وقف آقای واقف از مطلق تصرفات ممنوع می شود.

بررسی نظر محقق خراسانی

چند اشکال بر فرمایش مرحوم آخوند وارد است:

اشکال اول: عدم تاثیر مقدمه در بحث

نکته اول اینکه: این بحثی که شما کردید و تحقیقی که فرمودید اصلاً فرض کنیم درست، اما چه اثری در آن نتیجه داشت. شما می‌فرمایید که شخص اگر وقف علی من ینقرض کرد و مصادق وقف محسوب شد، داخل می‌شود در کبرای الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها و دیگر صح وقفاً لا حبساً، بله این درست است، خب چه اثری داشت این تحقیقی که شما فرمودید که وقف تملیک است که تملیک مستقیم و بالالتزام است و یا اصلاً حبس است، چه اثری در این نتیجه دارد؟ ما که نفهمیدیم.

شاید غرض آخوند از ذکر مقدمه، ابطال مقدمات مرحوم شیخ در وقف الی سنه باشد

من حدس می‌زنم چون مرحوم شیخ انصاری این را به عنوان یک مقدمه آورده، ایشان هم این مقدمه را آورده به عنوان تحقیق که گوئی می‌خواهد مقدماتی که مرحوم شیخ در جای دیگر در مسئله وقف الی سنه قبول کرده بود همه را باطل کند. چون شیخ نه در بحث ما (که توضیحش را می‌دهم) بلکه در آن بحث فرموده بود که «الوقف تملیک متفصل بالحبس»، و بعد هم فرموده بود که چون وقف تملیک است و چون ملکیت زمان نمی‌پذیرد و تقطیع نمی‌شود پس وقف الی سنه باطل است. گوئی مرحوم آخوند در این مقدمه می‌خواهد هر دو مقدمه شیخ را باطل کند، هم می‌خواهد بگوید که ملکیت قابل تقطیع است (که بالا گفت)، و هم می‌خواهد بگوید که وقف تملیک نیست بلکه حبس است.

والا اگر در مقام رد حرف شیخ نباشد، این مقدمه ای که ایشان تمهید کرد در این نتیجه اثری ندارد. یعنی اگر در عالم کسی می گوید وقف علی من ینقرض مصداق وقف است و کبرای وقف هم به حسب الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها درست است، خب مصداق آن می شود و امضاء می شود. دیگر نفهمیدیم این مقدمه کجا اثر می گذارد.

اشکال دوم: ما قبول نداریم که عقلاء برای حبس دو مجعول اصالی قائل باشند

نکته دوم این است که (دوستان دقت کنند بحث دقیق همین است): شما وقتی می فرمایید ما در حبس دو مرتبه داریم، یک مرتبه حبس علیا و یک مرتبه حبس ادون، حرف این است که حبس خاص یک نهاد مستقل است، به تعبیر ما حبس خاص یک مجعول اصالی است. ولذا در فقه خودش بحث دارد که اگر حابسی انشاء کرد حبس را به قصد خاص، مصداق حبس می شود و آثار حبس بر آن بار می شود. این نحوه بیان، بیان برای مجعول اصالی بودن است. مثل اینکه در باب زوجیت وقتی که طرفین انشاء می کنند زوجیت را مورد قبول واقع می شود، مصداقی از زوجیت پدید می آید و احکامی دارد. اینجا در حبس بالمعنی الخاص معنایش این است.

شما که می آید حبس را دو مرتبه می کنید، مرتبه عالی تان هم همینطور است، یعنی یک مجعول اصالی دیگر هم دارید. یعنی گویی شما دو مجعول اصالی دارید، یکی اسمش حبس یک است و یکی اسمش حبس دو است. آن حبس دو که مجعول اصالی علیا هست آیا همچنین کبرایی عند العقلاء داریم؟ یعنی آیا عقلاء دو تا نهاد در باب حبس دیده اند، یکی نهاد حبس پائین و ادون یا دنیا، یک نهاد حبس علیا، آیا یک همچنین چیزی هست؟ من که فکر نمی کنم همچنین چیزی باشد. یعنی خارجا اگر ما مراجعه کنیم به عقلاء اینکه دو تا حبس مجعول اصالی داشته باشند ما همچنین چیزی را نمی فهمیم.

اشکال سوم: ایجاد هریک از مجعولهای اصالی نیاز به قصد خاص دارد و در وقف، قصد مرتبه علیای حبس نمی شود

به علاوه در باب مجعولات اصالی مثل حبس خاص برای اینکه مصداقی از این مجعول عرفی یا عقلائی حاصل شود شخص باید قصد تحقق این عنوان کند. مثلاً در زوجیت وقتی انشاء زوجیت می‌کنید {صرف} انشاء زوجیت کافی نیست. ممکن است انسان هزلاً انشاء زوجیت کند. باید انشاء زوجیت توأم با قصد وقوع این زوجیت در خارج باشد؛ آنوقت است که عقلاء این انشاء توأم با این قصد خاص را موضوع اعتبارات خودشان قرار می‌دهند. در بیع هم همینطور است، در جاهای دیگر هم همینطور است.

یعنی وقتی شما می‌خواهید مصداق یک نهادی را ایجاد کنید، باید قصد تحقق مصداق آن نهاد را هم کرده باشید تا محقق شود. ملکیت هم همینطور است. و موارد ملک قهری مانند ارث استثناء است. عقلاء در باب تسیبای عقلائی که شخص با اختیار عقد را ایجاد می‌کند لازم می‌دانند که قصود خاصه هم همراهش باشد تا واقع شود.

پس سؤال این است که آیا کسی که وقف می‌کند واقعا قصد می‌کند که مرتبه علیای حبس واقع شود؟ ما که همچنین چیزی را نه در وقفنامه‌ها می‌بینیم و نه در کسانی که وقف می‌کنند. اصلاً این حرفها مطرح نیست. آنچه که هست این است که می‌گویند من وقف می‌کنم و جدّاً هم وقف می‌کنم. انشاء می‌کند وقف را و قصد جدی وقوع وقف را دارد، که به نظر ما مصداقی از مجعول اصالی وقف را ایجاد می‌کند. چیزی غیر از این نیست. کجا قصد حبس می‌کنند آن هم حبس بالمرتبه العلیا؟! کجا همچنین حرفهایی است؟

یعنی می‌خواهیم بگوئیم این زحمتی که مرحوم آخوند کشیده اند در این رساله وقف، خیلی خلاف واقع است اگر توجه کنیم که ما می‌خواهیم یک مجعول اصالی را درست کنیم. دوستان دقت کنند، در این بحثها خیلی چیزها با هم خلط می‌شود. شما نمی‌خواهید حبسی را که حکم است بار کنید، شما وقف را دارید معنا می‌کنید که یک کار انشائی است. واقف چه چیزی را انشاء می‌کند؟ آیا انشاء می‌کند حبس را؟ خیر اینطور نیست.

توضیح بیشترش انشاء الله جلسه بعد. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۱۰۱
- خلاصه مباحث گذشته..... ۱۰۱
- مراد از حبس در معنای وقف، آن مجعول اصالی است نه صرف حکم و مجعول ابتدائی..... ۱۰۱
- تحقیق حقیقت وقف و بیان تفاوت آن با حبس توسط مرحوم شیخ..... ۱۰۲
- دو تصویر برای تحقق ملکیت در وقف: اعتبار ملکیت توسط شارع و ملکیت مسبب از انشاء واقف..... ۱۰۲
- انکار انشاء تملیک توسط واقف، مساوق با انکار تملیک در وقف نیست..... ۱۰۳
- تجلیل از مرحوم شیخ و توصیه به مراجعه و دقت در فرمایشات و کتب ایشان..... ۱۰۳
- اهمیت دقت در رفت و برگشت های علمی مرحوم شیخ..... ۱۰۴
- تفاوت تصویر به لحاظ آثار..... ۱۰۵
- وجود تمیز بین دو نوع ملکیت در عبارات حاشیه مکاسب میرزا محمدتقی شیرازی ره..... ۱۰۶
- نظر سابق مرحوم شیخ: وقف تملیک متفصل به حبس است..... ۱۰۷
- عدول مرحوم شیخ از نظر سابق به دلیل عدم انطباق با فروع باب..... ۱۰۷
- احتمالات سه گانه باب وقف در کلام شیخ ره..... ۱۰۸
- بیان صلح برای مثال انشاء ملازم با تملیک..... ۱۰۸
- مثال ضرب بدون قصد اهانت و به هدف ظلم برای عمل متلازم با اهانت..... ۱۰۹
- فرق بین دو مثال: در ضرب تلازم خارجی است در صلح تلازم بین دو انشاء..... ۱۱۰
- مثال اذن در جمیع تصرفات برای تلازم در انشاء..... ۱۱۰
- احتمال سوم: حقیقت وقف حبس است..... ۱۱۰

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض**خلاصه مباحث گذشته**

بحث در ماهیت وقف بود که که برخی از فقهاء به عنوان مقدمه در بحث وقف علی من ینقرض مطرح کرده‌اند. نظر مرحوم صاحب عروه که وقف را ایقاف می‌دانستند مطرح کردیم و اجمالاً راجع به آن صحبت کردیم.

فرمایش مرحوم آخوند در رساله وقف را نیز آوردیم که ایشان معتقد می‌شود که حقیقت وقف حبس است منتهی حبس دو مرتبه دارد، یکی مرتبه ادون و دنیا، که همان حبس اصطلاحی و حبس بالمعنی الخاص است که در شرع موضوع آثار است و شاید هم در عرف هم باشد؛ و یک مرتبه عالیه حبس هم هست که آثاری مثل مطلق منع از تصرف بر آن مترتب می‌شود، احتمالاً خروج از ملک این حابس نیز پدید می‌آید، و امثال این آثار. محقق خراسانی می‌فرماید تحقیق این است که وقف آن مرتبه عالیه حبس است.

پس از بیان این مقدمه می‌فرمایند وقف علی من ینقرض وقفاً صحیح است نه حبساً. که جلسه گذشته عرض کردیم ما نفهمیدیم فرمایش ایشان چه ابتدائی بر آن مقدمه داشت. بله! تحقیق ایشان مستقلاً تحقیق درستی است، گوئی ناظر به رد فرمایش مرحوم شیخ است (چون مرحوم شیخ در اینجا بحث را کرده‌اند).

و دو اشکال هم به نظر ما در اصل فرمایش ایشان وجود داشت لذا حبس بودن وقف به نظر ما دشوار است.

مراد از حبس در معنای وقف، آن مجعول اصالی است نه صرف حکم و مجعول ابتدائی

آنچه نیاز به دقت ویژه دارد و در بحث بعدی در کلام شیخ نیز باز با آن برخورد می‌کنیم، این است که کسانی که وقف را حبس می‌دانند علی القاعده مقصودشان حبسی است که انشاء می‌کنیم و با آن تسبیب می‌کنیم برای تحقق آن عنوان حبس {که نهاد عقلائی است} و ما از آن تعبیر کردیم به مجعول اصالی. والا اگر در جائی حبس مثل برخی آثار دیگر جعل ابتدائی شرعی باشد یعنی مانند حکم باشد، کما اینکه تملیک و ملکیت در مواردی حکمی از ناحیه الشارع است، ربطی به بحث ما ندارد و بحث راجع به این است که وقف و وقفت در واقع انشاء حبس باشد، و این انشاء حبس بالتسبیب حبسی

را واقع کند. به نظر می آید احتمالا (نمی گویم قطعا) در فرمایش مرحوم آخوند این دو با یکدیگر خلط شده است. یعنی بین آن حبسی که بناست بالانشاء و بالتسبیب حاصل شود و آثار خاصه ای دارد، با حبسی که ممکن است حکم شرعی باشد، مثل حکم شارع به ملک در مواردی. (این را آن شاء الله بزودی در بحث مرحوم شیخ بیشتر روشن می کنیم).

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه الشریف که اقدام بر مرحوم آخوند و مرحوم سید است نیز این بحث را دارد که مطلب دقیقی است و مرحوم سید هم حتما بر سر سفره ایشان نشسته است، چون معلوم است ناظر به مطالب ایشان بوده است. در بحث اینکه ملکیت قابل تقطیع است که روشن است که این تقریرات را ایشان دیده بوده یا تقریر مشابهی را. اما مرحوم آخوند خیلی بیشتر متأثر از شیخ است و مطالب ایشان را نقل کرده است.

تحقیق حقیقت وقف و بیان تفاوت آن با حبس توسط مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در این بحث مطالب دقیقی دارند که مشکلاتی را نیز برای ما ایجاد می کند بدین خاطر که به نظر می رسد مرحوم شیخ در این بحث از راه قبلیشان تغییر مسیر می دهند به این امر تصریح نیز می فرمایند. پس دوستان در اینجا باید خوب دقت کنند، فرمایش فوق العاده دقیقی است. با این حرفی که مرحوم شیخ اینجا می زند لازم است به سراغ عبارات مرحوم آخوند و برخی از فرمایشات مرحوم سید و دیگران نیز بروید و ببینید که مقصودشان از اینکه وقف ایقاف است یا وقف حبس است چیست.

دو تصویر برای تحقق ملکیت در وقف : اعتبار ملکیت توسط شارع و ملکیت مسبب از انشاء واقف

اینجا به عنوان مقدمه دوم قبل از تنقیح ادله صحت وقف فرموده اند: المقدمة الثانية فی الفرق بین حقيقة الوقف و الحبس بالمعنی الاخص و العُمري (که عمری یک قسم خاصی از حبس است).

مرحوم شیخ می گوید اصل این مسأله که در وقف تملیک هست شکی نیست.

خب اینکه شکی نیست را می گذاریم در مسأله ۶۷ بحث می کنیم. آنجا باید کلمات فقهاء را بیاوریم، و بگوئیم به حسب کلمات فقهاء و به حسب روایات مسلم است که در وقف تملیک هست. حالا بالاطلاق یا در اوقاف خاصه تملیک هست. ملکیت از آقای واقف سلب می شود و در موقوف علیهم لا اقل در برخی از حصصش هست. البته مرحوم سید این را قبول ندارد، تا ببینیم.

دقت مسأله این است که: مرحوم شیخ می گوید ما در بحث وقف می گوئیم تملیک و ملکیت هست، شبهه ای در آن نیست، ولیکن بحث سر این است که این تملیک و ملکیت جاء من قبل انشاء الواقف، أو حکم شرعی بعد استجماع الشرائط و انشاء الوقف.

انکار انشاء تملیک توسط واقف، مساوق با انکار تملیک در وقف نیست

این را خوب دقت کنید، این بحث کاملاً دقیقی است، و راه را باز می کند برای اینکه حتی اگر ما انشاء تملیک را انکار کردیم، ملکیت و تملیک را انکار نکنیم. اگر هم بعداً ملکیت را انکار کردیم انشاء تملیک من قبل الواقف را انکار می کنیم نه اعتبار ملکیت شرعی را.

پس می خواهیم بگوئیم دو حرف وجود دارد: یکوقت ما می گوئیم تملیکی که در بحث وقف رخ می دهد عبارت است از تملیک تسبیبی من ناحیه الواقف. واقف انشاء می کند تملیک را مثل اینکه در بیع انشاء می کند تملیک عین بعوض را. خوب دقت کنید اثرش مهمش بعد در ادله امضاء است.

تجلیل از مرحوم شیخ و توصیه به مراجعه و دقت در فرمایشات و کتب ایشان

خدا رحمت کند شیخ را، من وقتی اینها را می خوانم واقعا خیلی مشعوف می شوم که یک عالمی دویست سال قبل چنین دقتهایی کرده و امروزه ما زورمان می آید همین حرفها را بخوانیم. من در پرائنز می خواهم به دوستان خودم و به همه عزیزانی که عرضم را می شنوند توصیه کنم که واقعا باید تلاش کرد، کار علمی یک جهاد است، واقعا امروز جهاد است.

حالا این فقهش که اینقدر {تلاش می خواهد} اصولش، تفسیرش، فلسفه و کلامش، تاریخش، قرآنش همه اینها کار می‌خواهد. من می‌خواهم بگویم یک عالمی دو قرن پیش (که مرحوم شیخ ۱۲۸۱ قمری فوت کرد و الان ۱۴۴۲ است) یعنی در یک برهه زمانی که مثلاً از سال ۴۰ یا ۵۰ تا ۸۰ ایشان تمام مدت افاده و افاضه می‌کرده است. آنوقت ایشان این تحقیقات و دقتها را کرده ولی ما زورمان می‌آید اینها را حداقل مطالعه کنیم. فکر می‌کنم این خیلی جفا است. حالا شیخ انصاری یک نمونه است، البته ایشان مقامش خیلی بالا بوده است. مکرر عرض کردم مرحوم آخوند کاملاً سر سفره مرحوم شیخ است. البته در این بحث نمی‌گویم مطالبی که می‌گویم فرمایش ایشان است، ولی کاملاً کلمات شیخ در مطالب ایشان منعکس است. یعنی اگر بنا باشد مطالب مرحوم شیخ را از فرمایشات مرحوم آخوند در این بحث بیرون بکشیم بیش از چند سطر باقی نمی‌ماند، عمده حرفهای مرحوم شیخ است. مرحوم شیخ این دقتها را کرده است. ما در علمای سابق بر ایشان نیز این دقتها را نمی‌بینیم، یعنی در کتابهای معمول قبلی این مطالب نیست حالا شاید مرحوم شیخ آنها را از اساتیدشان سینه به سینه گرفته باشند ولی در کتابهای نوشته شده معروف، خیلی این مطالب منعکس نیست.

خلاصه توصیه من این است که برای این حرفهای فوق العاده جذاب و دقیق که راه را در جاهای دیگر هم برای انسان باز می‌کند باید وقت گذاشت و فکر کرد.

اهمیت دقت در رفت و برگشتهای علمی مرحوم شیخ

من این نکته را عرض کنم: اینجا مرحوم شیخ در وقف علی من ینقرض حدود ۲۵ صفحه مطلب آورده است با همین نسخه خطی که ما از آن عکس برداری کردیم و داریم مطالعه می‌کنیم. باور کنید دو سه بار از اول تا آخر را من مجبور شدم مطالعه کنم و صدر و ذیلش را با هم بسنجم تا ببینم این رفت و آمدهای شیخ چه شد. بعضی‌ها از همین نحوه صحبتهای شیخ و حتی نگاشته ایشان در رسائل مکدرند که چرا شیخ اینقدر رفت و آمد دارد و صاف و پوست کنده صحبت نمی‌کند و {مطالب را با عبارات} سلیس {و روان} بیان نمی‌کند. ولی من عرض می‌کنم این یک نحوه کار بوده است. الانش حتی در میان غربی‌ها هم بعضی‌ها این چنین کار می‌کنند، درست است جذب مطلب سهل نیست، ولی پر از مطلب است. من واقعا اینجا می‌خواهم بگویم آدم باید سر تعظیم فرود بیاورد در مقابل این مقدار دقت علمی در کار ایشان. درست است که عدول در آن هست، برگشت هست، که همینجا هم یک برگشت عجیبی دارد که عبارتش را می‌خوانم، ولی باشد، یک عالم

است دیگر، حرفی را تا چند روز پیش زده حالا یک فکر جدیدی کرده و بر اساس آن حرف جدیدی زده است. خلاصه سفره ای باز کرده برای استفاده ما. حیف است ما از اینها استفاده نکنیم.

پس مرحوم شیخ می فرماید: ما ملکیت و تملیک را ممکن است بگوئیم در وقف مسلم است، ولی آن چیزی که بحث است این است که آیا این ملکیت از قبل انشاء تملیک واقف محقق شده است. ملکیت موقوف علیهم با انشاء تملیک واقف به قصد تملیک پدید آمده، یا اینکه انشاء الوقف انشائی است مانند بقیه انشاءات، که وقتی با شرائط دیگر جمع شد موضوع می شود برای حکم شارع. یعنی شارع حکمی به نام ملکیت موقوف علیهم روی یک انشاء خاص می آورد.

تفاوت تصویر به لحاظ آثار

فرق این دو تصویر چیست؟ کسی بگوید در باب اعتبارات عقلائی که مورد امضاء شارع نیز قرار می گیرد، ولو این آقای واقف انشاء تملیک می کند یا در بیع تملیک عین بعوض می کند بالاخره یک اعتبار عقلائی یا شرعی روی آن هست؛ {پس چه تفاوتی بین این دو تصویر وجود دارد}.

فرقش این است که اگر شما خواستید ادله امضاء را تطبیق کنید چه چیزی را امضاء می کنید. اگر انشاء کرده باشد تملیک عین به عوض را (که حالا گفتیم قبول لازم است یا ایقاع است)، امضاء این، امضاء آن تملیک است. اما اگر مفاد وقف، انشاء تملیک نبود، بلکه اگر ملکیتی بیاید حکم شارع است، خب آن حکم شارع را شما از کجا کشف می کنید؟ از ادله امضاء؟ امضاء مفاد انشاء را امضاء می کند. (می بینید چقدر بحث دقیق است. بعد ایشان در ادله صحت همین را وسط می آورد). انشاء اگر می خواهد امضاء شود مفادش امضاء می شود. اگر مفادش انشاء تملیک باشد همین امضاء می شود، اگر مفادش انشاء حبس باشد حبس امضاء می شود، اگر مفادش انشاء چیز دیگری باشد مثلاً بگوئیم ایقاف است و وقف مجعول اصالی است همان امضاء می شود، دیگر شما نمی توانید ملکیتی از آن در بیاورید.

این حرف اگر مخدوش هم باشد و قبول نباشد حرف دقیقی است. تمام دقت این است که ملکیتی که ما همه قبول داریم در باب وقف حاصل می شود (ولو اجمالاً در یک موضوعات خاصی، مثلاً موقوف علیهم خاص)، از کجا می آید؟ آیا از باب این است که انشاء تملیک مالکی است یعنی از ناحیه مالک، که مالک انشاء کرده است تملیک را به قصد نقل و به

قصد اینکه ملکیت را بدهد به موقوف علیهم. یا نه، یک انشائی است که در آن انشاء تملیک هم نیست، ولی وقتی که با قصود خاص همراه می شود موضوع قرار می گیرد و شارع حکم می کند بر آن که چنین است. کدامیک از اینهاست؟

اگر بپرسید فائده اش چیست و چه اثری دارد؟

عرض می کنم اقلاً از منظر شیخ (حالا اگر اشکالی دارد بعداً عرض می کنم) می گوید فرقی این است که در ادله اوفاو بالعقود و در بحث الوقوف حسب ما یقفها اهلها اثرش ظاهر می شود. آنها ادله امضاء هستند، هر آنچه در وقف شما انشاء کردید با شرائط خاصش، این امضاء می شود. اگر انشاء تملیک کردید، امضاء می شود و می شود تملیک. اما اگر انشاء تملیک نکردید بلکه انشاء حبس کردید، حبس امضاء می شود و ملکیت اگر هم بیاید از ادله بیرونی می آید نه از طرف انشاء مالکی. این حرف واقعاً دقیقی است.

وجود تمیز بین دو نوع ملکیت در عبارات حاشیه مکاسب میرزا محمدتقی شیرازی ره

بعد من همینطور تتبع می کردم دیدم مرحوم میرزا محمدتقی شیرازی در حاشیه مکاسبش که انصافاً آدم دقیق النظری بوده، ایشان در اول بحث بیع وقف، محتملات حقیقت وقف را گفته، که انشاء الله بعد از فرمایشات مرحوم شیخ مطالب ایشان را نیز می آوریم. برخی از محتملات ایشان همینها است. یعنی دقت کرده فرق بین اینکه انشاء تملیک داخل باشد در کار وقف یا خارج باشد به ادله بیرونی. این مسأله را ایشان کاملاً دقت کرده است.

عبارات مرحوم شیخ:

عبارت شیخ ره این است (این را می خوانیم تا بعد برویم سر فروض دیگرش)، می فرماید: «فنقول لا اشکال و لا خلاف فی أن تملیک العین موجود فی الوقف و غیر موجود فی الاخیرین (در حبس و عمری)، و إنما الاشکال فی أن تملیک العین فی الوقف هل هو امر جاء من قبل الواقف أو أنه حکم شرعی یترتب علیه بعد استجماع الشرائط الشرعیة».

نظر سابق مرحوم شیخ: وقف تملیک متفصل به حبس است

بعد اینجا مرحوم شیخ می فرماید: ما قبل (قبلا یعنی تا همینجا، یعنی تا قبل از این مسأله وقف علی من ینقرض) حتی در اخت این مسأله که عبارت بود از وقف الی سنة که مسأله ۱۵ تحریر بود، حتی تا آنجا مرحوم شیخ می گوید ما بنامان بر این بود که حقیقت وقف تملیک متفصل بالحبس است.

از جمله مؤیدات این معنا را این می دانستند که فقهاء وقف را در باب عطایا و صدقات گفته اند و در آنجا تملیک است. پس ایشان می گوید یکی از مؤیدات اینکه باب وقف باب تملیک باشد را این گرفته بودند.

بعد می فرماید که: «و رتبنا علی ذلک بعض الثمرات كما فی المسئلة السابقة أعنی الاقتران بالسنة (که وقف کند الی سنة) و غيرها من المسائل المتقدمة».

عدول مرحوم شیخ از نظر سابق به دلیل عدم انطباق با فروع باب

بعد می فرماید: «لکن الانصاف عدم انطباق ذلک لفروع الباب و تحقیق المقال یقتضی بسطا فی توضیح الحال».

اینکه بعضی از همراهی مرحوم شیخ خسته می شوند به همین خاطر است. شما یادتان هست ما در سال گذشته دیدیم مرحوم شیخ نادی بأعلى صوت که ملک تقطیع نمی پذیرد و چند صفحه ایشان این مطلب را دنبال کرد که ملک قابل تقطیع نیست. همه اش بر اساس این مقدمه بود که الوقف هو التملیک، و آنجا تصریح کرده بود که چون مسلم است که الوقف هو التملیک المتفصل بالحبس لا أنه حبس یلازم الملك فی بعض الاحیان و چون ملک تقطیع نمی شود، پس وقف الی سنة درست نیست.

که ایشان یک جنجالی بلند کرد در میان شاگردان و شاگردان شاگردان، و علمای دوره بعدشان مثل سید و مرحوم آخوند و دیگران که آقا این حرفی که شما می زنید از کجا می زنید؟ چه کسی می گوید ملک تقطیع نمی شود؟ خب اینکه ملک تقطیع می شود و نمی شود بعد از فراغ از این است که وقف تملیک باشد، اگر وقف تملیک نیست این زحمتهای برای چه چیزی است.

ایشان می گوید و رتبنا علی ذلک (که وقف تملیک است) بعض الثمرات كما فی المسئلة السابقة.

بعد می گوید حالا برگشتیم، (اگر جسارت نباشد مرحوم شیخ در نجف معروف بود به «شیخ ولکن» چون هر چی می فرمود بعدش می گفت و لکن) لذا می فرماید: ولکن الانصاف اینکه ما در آنجاها گفتیم که حقیقت وقف انشاء تملیک خاص است ولی این با فروعات باب، منطبق نیست.

حالا بعدا می گوید چرا منطبق نیست. انصافا مرحوم شیخ برخلاف برخی دیگر اهل تتبع است. حالا آن تتبع تام تام هم نباشد ولی اهل تتبع است. به دنبال بحث فروعاتی را مرحوم شیخ از مرحوم صاحب شرایع و دیگران می آورد می گوید این فروعات با انشاء تملیک سازگار نیست.

حالا این حرف ایشان باید نقد شود ولی نحوه کارشان این است.

احتمالات سه گانه باب وقف در کلام شیخ ره

می فرمایند: «وتحقیق المقال يقتضى بسطا فی توضیح الحال و هو أن الاحتمالات المتصورة فی الوقف ثلاثة». ایشان می گوید ما سه تا احتمال در باب وقف می دهیم، چون قبلا من اشاره کردم با سرعت از این مسأله می گذریم. می گوید سه احتمال می دهیم:

یک احتمال اینکه وقف انشاء تملیک باشد متفصلا بالحس. این یک انشاء خاصی است.

احتمال دوم اینکه بگوئیم وقف انشاء تملیک نیست مستقیما، مثلا یک انشاء خاصی است که خارجا متصادق با تملیک است. که ما در فرمایش مرحوم آخوند توضیح دادیم.

بیان صلح برای مثال انشاء ملازم با تملیک

مثلا ایشان هم می فرماید که صلح عبارة عن التجاوز و بالفارسیة «گذشتن». یعنی معنای صلح گذشتن و عبور کردن است. گویی مصالح یا متصالح عبور می کند از یک مسأله ای. در مواردی که ما انشاء صلح می کنیم اینکه انشاء تملیک نیست. و لکن می تواند بالالتزام انشاء تملیک تبعی باشد. چطور تبعی باشد؟ خارجا چون صلح عرفا و شرعا ملازم است با بحث ملکیت طرفین، بنابراین نتیجه این می شود که این انشاء صلح از ناحیه شخصی که صلح می کند با توجه به این است که عرف و شرع ملکیت می آورند، پس تبعا دارد انشاء ملکیت می کند.

پس احتمال دومی که مرحوم شیخ مطرح می کنند این است که بگوئیم حقیقت وقف انشاء خاصی است، نه انشاء تملیک، انشاء خاصی است که خارجا یلازم التملیک. آنوقت لذا چون خارجا ملازم به تملیک است، گویی انشاء کننده بالالتزام توجه دارد که ملکیت حاصل می شود، پس یک انشاء تملیک تبعی شده است. حالا اینکه این چطوری می شود را باید بعدا بحث کنیم، ولی تصویر مرحوم شیخ علی الظاهر این است.

ایشان مثال می زند به صلح. می گوید در صلح ما انشاء تملیک نمی کنیم انشاء صلح می کنیم. مفهوم گذشتن و عبور کردن (یا آتشی کردن اگر گفتیم در فارسی این است)، ما آن را انشاء می کنیم. منتهی می گویند چون این انشاء عرفا و شرعا ملازم است با تملیک، بنابر این شخصی که صلح را انشاء می کند بالالتزام گوئی دارد انشاء تملیک هم می کند.

منتهی ایشان مثال دیگری را ذکر می کند، یک قدری در اینکه در بحث صلح در انشاء صلح تبعا هم انشاء تملیک شده باشد شاید تردید ایجاد کند.

مثال ضرب بدون قصد اهانت و به هدف ظلم برای عمل متلازم با اهانت

مثالی که ایشان می زند این است که می فرماید: نظیر تصادق اکرام یا اهانت با عنوان ضرب و اطعام و إن لم یکن الضارب قاصدا للاهانة بل للأذیة و الظلم. می گوید اگر کسی به کسی بزند و در این زدن ولو قصد اهانت نداشته باشد، قصد آزار و اذیت دارد ولی قصد اهانت نکرده است، درست است که قصد اهانت نکرده، ولی خارجا این ضرب توأم با قصد اذیت و آزار خارجا مصداق اهانت هم محسوب می شود. ایشان می فرماید که: «نظیر تصادق الاکرام أو الاهانة مع عنوان الضرب والاطعام وإن لم یکن الضارب قاصدا للاهانة بل للأذیة و الظلم».

فرق بین دو مثال: در ضرب تلازم خارجی است در صلح تلازم بین دو انشاء

این مثال مرحوم شیخ ممکن است قدری ما را از اصل آن بحث صلح و موارد دیگر دور کند، آیا ما در مثال وقف می خواهیم نظیر مثال ضربی که به قصد اذیت و آزار است، یا اطعامی که به قصد کمک است نه به قصد عنوان اکرام را بگوئیم که ایشان می گوید خارجا با اهانت و اکرام تصادق می شود ولو که لم یقصد. آیا ما در باب وقف نظیر این را می خواهیم بگوئیم؟ یا نه، می خواهیم در باب وقف بگوئیم شخص واقف با انشاء عنوان وقف انشاء نمی کند تملیک را مستقیما، بلکه چون ملازم است تبعا انشاء می کند. یک انشاء تبعی است. یا نه می خواهیم بگوئیم قهرا ملازم است. مثال صلح ظاهرا انشاء تبعی است. مثال اهانت ملازمه خارجی است.

حالا باید روی این تأملی کرد تا بعدا عرض کنیم در مقام ارزیابی و نقد فرمایش مرحوم شیخ. این هم احتمال دوم.

مثال اذن در جمیع تصرفات برای تلازم در انشاء

البته ایشان مثال خوبی هم می زند که اذن است. می گوید اگر کسی اذن داد در جمیع تصرفات، این بالالتزام انشاء تملیک هم هست. چرا؟ چون اذن در همه تصرفات که حتی تصرفات متوقف بر ملک را شامل بشود بالالتزام ملازم با این هست. ولذا می فرماید:

«ونظیر تصادق التملیک مع انشاء الاذن فی جمیع التصرفات، فإن فیہ انشاء للتملیک تبعا (این تبعا را ایشان در اینجا پذیرفته است)، لأن اباحة جمیع التصرفات لا تنفک عن الملک شرعا و عرفا، فإذا اذن فی جمیع التصرفات فقد ملک العین من باب الانتقال من اللازم الی الملزوم. فالوقف علی هذا الوجه نحو تفویض للعین الموقوفة الی الموقوف علیهم یلزمه عرفا التملیک».

احتمال سوم: حقیقت وقف حبس است

احتمال سوم این است که بگوئیم حقیقت وقف حبس است. بنابراین آنچه که انشاء می شود حبس است.

منتهی فرق این حبس با حبس بالمعنی الاخص و با عمری در دو چیز است، یکی در متعلقشان، اگر متعلق حبس یک امر ابدی باشد و ممن لاینقرض ابد باشد، این می شود حبس خاصی که وقف است. اگر متعلقش مادام انقراض موقوف علیهم باشد می شود عمری. اگر مطلق باشد یا مدت برای آن گذاشته باشد، می شود حبس بالمعنی الاخص که همان حبس کتاب الحبس است.

ایشان می فرماید: اگر ما این تفسیر را کردیم و گفتیم که با وقف انشاء حبس می کنیم منتهی حبس خاص، آنوقت فرقشان یکی در متعلق است.

و یکی در احکامی که مترتب می شود. این حبس اینگونه ای البته ممکن است حکمش این باشد که به ملک موقوف علیهم در می آید، ولی نکته اش این است که دیگر تملیکی از ناحیه واقف نشده است. واقف کارش حبس کردن بوده است و قصد حبس هم می کند، شارع می آید ملک را روی چنین انشاء حبسی می آورد. می شود یک حکم شرعی روی حبس خاص مستجمع الشرائط.

بعد ایشان می گوید دیگر مهم نیست که از این حبس چه تعبیر کنیم.

آنوقت نتیجه این می شود که بنابر این تفسیر، حقیقت وقف و حبس و عمری یک چیز می شود، فرقشان در دو نکته است: یکی در متعلقشان که متعلق ممکن لا ینقرض ابد باشد یا من ینقرض باشد یا مطلق باشد آن حبس و یا مدت زمان خاص. و همینطور نتیجه حکمشان هم فرق می کند.

بعد می فرماید: «وبکل معنی فسّر الوقف یكون لفظ الوقف موضوعا بازائه، فإن فسّر بالاول (که تملیک باشد) كان الوقف دالا علی الملك صریحا، و إن فسّر بالثانی (که مثل صلح باشد) كان دالا علیه بالالتزام، و إن فسّر بالثالث لم یکن له دلالة علی التملیک فی وجه بل یكون مرادفا للفظ الحبس الا فی جهة اخرى (که در حبس یک نوع تأبید هست و در اینها تأبید نیست)». بعد ایشان می فرماید:

«إذا عرفت ذلک (که در حقیقت وقف به لحاظ تملیک سه تا نظریه هست) فاعلم أن اکثر کلمات القوم فی باب الوقف آیه عن العنی الاول». بعد ایشان قرائنی می آورد.

انشاءالله ما در جلسه بعد این را تکمیل می کنیم و قرائن ایشان را می آوریم و بعد شروع می کنیم به نقد و بررسی فرمایش مرحوم شیخ. البته اثرش را هم ولو اشاره کردیم ولی باز آنجا خواهد آمد.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۱۶) وقف علی من ینقرض

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۱۱۴
- خلاصه مباحث گذشته ۱۱۴
- بررسی مملک بودن وقف توسط شیخ انصاری ۱۱۴
- مرحوم شیخ: اینکه وقف تملیک استقلالی یا التزامی باشد با کلام فقها سازگار نیست پس نوعی حبس است. ۱۱۵
- اشکال به مرحوم شیخ در استفاده مملک نبودن وقف از چند فرع فقهاء ۱۱۵
- بررسی احتمالات مختلف در الوقف هو الایقاف ۱۱۶
- نظر مختار: وقف یک مجعول اصالی است ۱۱۷
- ارجاع ایقاف بودن وقف به نظر مختار توسط مرحوم مظفر در حاشیه مکاسب ۱۱۸
- با مجعول اصالی دانستن وقف دیگر نیاز نیست وقف را تملیک بدانیم ۱۱۸
- مجعول اصالی بودن وقف مشکل اینکه ملکیت لازمه وقف است را حل نمی کند ۱۱۹
- اینکه ملکیت حکم شرعی باشد تفاوت دارد با مملک بودن خود وقف ولو بالالتزام ۱۱۹
- ذکر قرینه ای بر اینکه وقف انشاء تملیک است ۱۲۰
- عدم تمامیت این قرینه ۱۲۰
- ادله تصحیح وقف علی من ینقرض ۱۲۱
- دلیل اول: تمسک به عمومات عامه مانند اوفوا بالعقود و عام خاص الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها ۱۲۲
- تفصیل مرحوم شیخ در شمول اوفوا بالعقود نسبت به وقف علی من ینقرض ۱۲۲
- جمع بین کلام مرحوم شیخ و مرحوم سید ۱۲۳
- اشکال به شمول اوفوا بالعقود للمقام به دلیل شبهه مصداقیه عقد نسبت به وقف ۱۲۴
- اولویت شمول اوفوا بالعقود نسبت به ایقاعات اول کلام است ۱۲۴
- مجموعه اشکالات در تمسک به اوفوا بالعقود در مقام ۱۲۵

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در مسأله ۱۶ تحریر بود. فرمایش مرحوم شیخ انصاری و برخی از محققین دیگر را بررسی کردیم. عرض شد قبل از بررسی تمسک به عمومات و اطلاقات در تصحیح وقف علی من ینقرض، لازم است مقدمه دقیقی را که مرحوم شیخ انصاری به تفصیل آورده اند. بررسی کنیم.

بررسی مملک بودن وقف توسط شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری می فرماید: ما باید تکلیف وقف را از حیث اینکه در آن انشاء تملیک می شود مستقلاً، یا انشاء تملیک می شود بالالتزام، یا اصلاً انشاء تملیک نمی شود حل کنیم. پس باید روشن کنیم که آیا وقف اصلاً انشاء تملیک خاصی است یعنی انشاء تملیکی است که در آن شرط می شود تقلیب و تقلبات مخرج عن العین نداشته باشد. یا نه، انشاء وقف، انشاء تملیک نیست، مثل صلح است یک انشاء خاصی است، منتهی خارجاً ملازم با تملیک است، که گوئی کسی که انشاء می کند وقف را انشاء مضمون وقف کرده، ولی بالالتزام انشاء ملک هم کرده است خارجاً، و یا هیچکدام از این دو نیست، مثل حبس است، انشاء وقف در واقع انشاء حبس است، یعنی کاری به تملیک ندارد، ملکیت واقف سر جای خودش باقی است. منتهی حبس به لحاظ متعلقش مختلف است:

گاهی حبسی است که برای مالک از همه منافع برای ابد رفع ید می شود. در اینجا ملک هم منتقل می شود اما نه به تملیک مالکی. ممکن است بگوئیم این از آثار شرعی این ملک است. یا شاید هم حتی کسی قائل شود که {عدم مالکیت مالک بقاء} از آثار عقلائی است؛ مانند مرحوم صاحب عروه که می فرمود که اگر وقف ایقاف باشد به نحو تأیید که همه منافع از مالک قطع شود، نتیجه اش این است که عقلاً دیگر اعتبار ملکیت برای مالک نمی کنند. حالا اینکه برای موقوف علیهم اعتبار ملک می کنند یا نمی کنند بحث دیگری است. خروج ملک از مالک از باب این ابدی بودن وقف است. ولذا اگر در جائی ابدی نباشد مثل وقف علی من ینقرض، اصلاً دلیلی هم نداریم که از ملک مالک خارج شود.

مرحوم شیخ: اینکه وقف تملیک استقلالی یا التزامی باشد با کلام فقها سازگار نیست پس نوعی حبس است.

پس فرمایش مرحوم شیخ این است که اگر انشاء وقف نه انشاء تملیک استقلالی است و نه انشاء بالالتزام، لبش نوعی حبس است. منتهی گاهی متعلق این حبس امری ابدی است، یعنی حبس می شود برای موقوف علیهم للابد. در این صورت ممکن است لازمه اش خروج از ملک مالک باشد و حتی دخول در ملک موقوف علیهم. و گاهی متعلق این حبس ابدی نیست، بلکه به اندازه عمر موقوف علیهم است، که به آن عمری می گویند یا حبسی است که متعلقش به اندازه زمانی است که تعیین کرده اند، ده سال یا پنج ساله که این حبس بالمعنی الاخص است، همانی است که در کتاب الحبس می آید.

مرحوم شیخ می فرماید بنابر این احتمال سوم، فرق بین حبس در وقف و عمری و حبس بالمعنی الاخص بخاطر اختلاف در متعلق است نه چیز دیگری.

این بحث {تحلیل ماهیت وقف} بحث مهمی است. حالا اینکه ثمره اش در تمسک به عمومات چیست خواهد آمد. خود مرحوم شیخ قبلاً می فرمودند که حقیقت وقف تملیک خاص است. منتهی به این بحث که می رسند می فرمایند این احتمال که وقف تملیک خاص باشد با کلمات فقهاء سازگار نیست. ایشان دو سه فرع را از شرایع و جاهای دیگر آوردند که در جلسات قبل بحث کردیم و آن ها را خواندیم، که فرمایش این بزرگان با انشاء تملیک مالکی از ناحیه واقف سازگار نیست. و لذا ایشان این احتمال را در بحث ما کنار می گذارد.

حالا قبل از اینکه وارد بحث آتی شویم که بحث ادله است، باید حسابمان را با این بحث و نظر مرحوم شیخ و دیگران صاف کنیم و بیان کنیم که وقف در نظر ما چیست.

اشکال به مرحوم شیخ در استفاده مملک نبودن وقف از چند فرع فقهاء

عجیب است که مرحوم شیخ در اینجا چنین پرسش مهمی یعنی اینکه آیا در وقف تملیک به انشاء مالکی هست یا خیر را با ذکر دو سه فرع که از فقهاء نقل می کنند پاسخ می دهند زیرا بر اساس این فروع تملیک در وقف را خلاف فهم فقهاء می دانند و نتیجه می گیرند منظور فقهاء از وقف در این موارد تملیک نیست.

در رد این استدلال باید بگوئیم اولاً شما که فحص تام نکردید، فقط چند تا فرع را ذکر کردید که بعضی از آنها هم اصلاً ممکن است تفسیر دیگری داشته باشد. حالا فرض کنیم که فرمایش صاحب شرایع و محقق ثانی و صاحب مسالک در چند فرع با اینکه وقف از ناحیه خود واقف انشاء تملیک باشد سازگار نباشد؛ این چه چیزی را ثابت می کند؟ شما به عنوان یک فقیه عظیم الشان وقتی در این مقدمه بحث می کنید که حقیقت وقف تملیک خاص است یعنی تملیکی که مقرون باشد به منع از تقلیب و تقلبات چه در ناحیه خود واقف و چه ناحیه موقوف علیهم، یا اینکه انشائی باشد که خارجاً با تملیک مصادف است یا اینکه انشاء حبس باشد، شما باید نسبت به اختیار هر نظر دلیلی درستی بیاورید. آیا اینکه کلمات برخی از فقهاء سازگار با یک قول نیست، واقعا کافی است برای اینکه ما خودمان قول دیگر را اختیار کنیم؟

شما بعداً در بحث اوفوا بالعقود و غیره می خواهید ببینید آیا وقفی که مملک است موضوع اوفوا بالعقود هست یا خیر؟ با اینکه مثلاً صاحب شرایع در قرن هفتم فهمش از وقف با انشاء تملیک سازگار نیست هیچ چیز ثابت نمی شود. انسان خیلی تعجب می کند که ایشان می خواهند تکلیف یک بحث با این اهمیت را با این چند فرع حل کنند، در حالی که به این صورت حل نمی شود.

بررسی احتمالات مختلف در الوقف هو الايقاف

قبلاً ما کلمات مرحوم آخوند را آوردیم که مدعی بود وقف حبس است. و فرمایش مرحوم شیخ را نیز طرح کردیم که در آن نحوی از عدول هست. و فرمایش مرحوم سید را نیز طرح کردیم که وقف ایقاف است. در فرصتی که برای فحص بیشتر پیدا شد، معلوم شد در کلمات مرحوم عراقی هم این نظر آمده است، دو جا در تقریرات ایشان آمده (من از تقریرا نجم آبادی عرض می کنم که ظاهراً تقریر وقف محقق عراقی است) ایشان می گوید علی التحقيق الوقف هو الايقاف. یعنی فرمایش مرحوم سید را پذیرفته است. حضرت امام ره نیز وقف را هو الايقاف می دانند.

خب این بزرگان که وقف را ایقاف می دانند هیچ بیانی در توضیح نیاورده اند. حتی خود مرحوم سید که علی الظاهر در دو مورد از ملحقات عروه وقف را ایقاف دانسته توضیح نداده اند که از «الوقف هو الايقاف» چه چیزی در می آید. واقعا این عبارت بظاهره که محصلی ندارد که بگوئیم الوقف هو الايقاف. خب وقف ایقاف است اما از آن چه در می آید. اگر منظورشان این است که وقف به معنای لغوی ایقاف است، که اصلا ربطی به بحث ما پیدا نمی کند. بحث ما در یک واقعیت عقلائی یا تأسیس شرعی است به نام وقف، که این پدیده را شما باید تحلیل کنید و مؤلفه هایش را در بیاورید. نه اینکه لغتا وقف به معنای ایقاف یعنی ایستادن یا ایستاندن است. این معنا ندارد واقعا. یعنی در بحث تحلیلی و برای تحقیق در ماهیت وقف اینجور بحث واقعا فائده ندارد.

نظر مختار: وقف یک مجعول اصالی است

ما خودمان در اول بحث وقف در مقام تعریف وقف بود این احتمال را مطرح کردیم که وقف یک مجعول اصالی باشد و اکنون نیز همان را تقویت می کنیم. وقف نیز مانند زوجیت، ملکیت و انحاء مجعولات اصالی دیگری است که در عالم داریم. به اینها اعتبارات ابتدائیه می گویند، یعنی ابتداء جعل می شوند و انتزاعی نیستند. اینکه حالا حقیقت این اعتبار چیست، در جاهای مختلف بحث شده است، در فلسفه بحث می شود، در خود فقه و اصول بحث کرده اند که این اعتبارات چیست. ما در فلسفه علم اصول در جلد ۵ به تفصیل این مسأله را بحث کردیم که حقیقت اعتبارات چیست.

ما وقف را مجعول اصالی می دانیم. مجعولات اصالی به دنبالش آثار مترتبه می آید. وقتی که عقلاء جعل ملکیت می کنند و در جائی می گویند هذا ملک و ملک هم بطور کلی یک مجعول است، آنوقت آثاری دارد. وقتی چیزی ملک شد غیر مالک نمی تواند در آن تصرف کند؛ مالک می تواند تصرف کند، می تواند تصرفات خارجی کند، تصرفات وضعی به بیع و شراء انجام دهد. در وقف هم همینطور است. وقف یک مجعول اصالی است. وقتی بگویم وقف مثل این است که بگویم ملکیت. همین مجعول اصالی را ایجاد کردم. چه اثری دارد؟ از کتاب و سنت و از عقلاء که آثاری را مترتب می کنند، اگر امضاء شده باشد مجموعه آثاری را مترتب می کنیم.

ارجاع ایقاف بودن وقف به نظر مختار توسط مرحوم مظفر در حاشیه مکاسب

من ندیدم کسی الوقف هو الايقاف را برگرداند به این معنایی که ما می گوئیم. ما در جلسه گذشته یک احتمالی دادیم که مقصود از الوقف هو الايقاف همین باشد که ما عرض می کنیم. در این فحصى که کردم به ذهنم می آید که فقط در حاشیه مکاسب مرحوم مظفر که انصافا حاشیه دقیقی هم هست، دیدم ایشان در همین بحث بیع وقف از مکاسب می فرماید: الوقف هو الايقاف محصلی ندارد مگر برگردد به سنخی از اعتبارات شبیه اعتبار بعث.

این تنها موردی بود که ما یافتیم که کسی احتمال بدهد که وقف ایقاف باشد به این معنا. البته من دیگر فرصت نکردم دوباره به فرمایش ایشان مراجعه کنم.

و همینطور یک عبارتی از میرزای شیرازی دوم که جلسه پیش هم اشاره کردم، ایشان در محتملات وقف این را ذکر کرده است، ولی الان یادم نیست که ایشان آورده است که این اعتبار خاصی است یا نه. این را فراموش کردم دوباره نگاه کنم.

عرض و مختار ما الان این است که به نظر می رسد حقیقت وقف یک اعتبار مستقل و یک مجعول اصالی است. مرحوم مظفر که تمثیل کرده اند به اعتبار بعث، این تمثیلشان بحث دارد که سر جای خودش مطرح می شود. من فعلا نمی خواهم وارد آن شوم چون ما را از بحث دور می کند. آن چیزی که تقریب بحث ما بود همان جمله ایشان بود که مراد از الوقف هو الايقاف علی الظاهر باید این باشد که اعتبار خاص من العقلاء، والا محصلی ندارد. این حرف خیلی نزدیک به آن چیزی است که ما عرض می کردیم.

حالا چه کمکی می کند برای بحث آتی؟

با مجعول اصالی دانستن وقف دیگر نیاز نیست وقف را تملیک بدانیم

قبل از اینکه از این مقدمه خارج شویم باید عرض کنم که مجعول اصالی بودن به تنهایی کل مشکل ما را حل نمی کند که آیا در وقف تملیک هست یا نه. چون مجعول اصالی بخشی از مشکل را حل می کند، به ما می گوید اصلا دنبال این

نروید که وقف تملیک من المالك باشد استقلالاً. انشاء الوقف خودش یک انشاء مستقلى مثل انشاء الملكية و انشاء الزوجية است. چون خود ملک و خود زوجیت یک عناوین اعتباری مستقل هستند، انشاء می کنیم این مفهوم و این عنوان را و موضوع آثار واقع می شود. در وقف هم همینطور است. این بخشی از مسأله را حل می کند که اصلاً ما به دنبال تملیک یا حبس یعنی چیز دیگری نرویم که بخواهیم بگوئیم وقف اینهاست. نه وقف اینها نیست بلکه خودش هست. وقف یک عنوان مستقل است. شما مثلاً در بحث زوجیت نباید بروید دنبال ملکیت. کما اینکه یک عده ای توهم کرده اند مثلاً زوجیت یک مبادله بضع باشد با مهر. این حرفها نیست. زوجیت یک نهاد عقلانی مستقلى است، اعتبار می شود، زوجین در مقام عقد انشاءش می کنند. وقتی انشاء شد، فردی از زوجیت که یک مجعول اصالی است محقق می شود، وقتی قصود خاص و شرائطی که لازم است بیاید باشد، فردی از زوجیت حاصل می شود موضوع آثار است. در وقف هم همینطور است، با انشاء وقف با شرائط خاصش فردی از وقف حاصل می شود موضوع آثار است.

مجعول اصالی بودن وقف مشکل اینکه ملکیت لازمه وقف است را حل نمی کند

بخشی که هنوز حل نشده است این است که آیا ملکیتی که حالا فهمیدیم مستقلاً انشاء نمی شود، آیا از لوازم وقف نیست؟ کسی بگوید در بطن وقف یا لازمه وقف تملیک است. این احتمال را هم باید بررسی کرد که آیا واقف که انشاء وقف می کند مثل صلح بالالتزام انشاء ملکیت نمی کند برای موقوف علیهم؟ این باید بررسی شود. حقیقتش این است که ما با مراجعه به آنچه که در میان عقلاء هست که امضاء می شود یا آنچه که از کلمات شارع در همین روایات بحث وقف فهم می کنیم، دلیلی بر اینکه بالالتزام هم تملیک را انشاء کرده باشیم نداریم. خب در صیغی که از ناحیه ائمه اطهار علیهم السلام می آید وقف آمده، اما اینکه وقف تملیک است چنین چیزی نیست.

اینکه ملکیت حکم شرعی باشد تفاوت دارد با مملک بودن خود وقف ولو بالالتزام

اینکه بعضی از فقهاء از برخی آثار و احکام مترتب در برخی روایات مثل روایت جعفر بن حنان (یا جعفر بن حیان) خواسته اند استفاده کنند که در وقف ملکیت هست (حالا بحثش می آید)، می خواهیم بگوئیم حتی اگر بنابر روایات ملکیت برای وقف ثابت شود، کشف نمی کند که مالک انشاء تملیک کرده است ولو بالالتزام. این آن نکته دقیقی است که مرحوم شیخ انصاری در مقدمه بیان کردند. فرمودند: ما ممکن است قائل شویم یا اصلاً قائل می شویم که مثلاً در وقف خاص ملکیت برای موقوف علیهم حاصل می شود، اما هذا حکم شرعی من الشارع که حکم بها علی الاوقاف، نه اینکه خود واقف انشاء تملیک کند و شارع امضاء کند. شارع انشاء تملیک نکرده است نه مستقلاً و نه بالالتزام. این نکته دقیق بحث ما است. ما هم عرض می کنیم به نظر ما چیزی احراز نمی شود از ناحیه عقلاء که در اوقاف عرفی که کرده اند انشاء تملیک برای موقوف علیهم کرده باشند. می گویند وقف است و وقف آثاری دارد. حتی اگر آن آثار ملکیت را شارع بر این وقف بار کرده باشد، این غیر از این است که عقلاء انشاء تملیک کرده باشند. این هم نکته ای است.

ذکر قرینه ای بر اینکه وقف انشاء تملیک است

یک احتمال بعیده ای را هم می خواهیم عرض کنم و از آن عبور کنم تا این بحث تمام شود. آن این است که کسی بگوید با توجه به اینکه ظاهر فقهاء، لا اقل مشهور فقهاء اگر نگوئیم اجماع است، این است که در باب وقف تملیک حاصل می شود و خروج ملک می شود از واقف و دخول ملک است برای موقوف علیهم. حتی سید هم که خودش این را در باب وقف قبول ندارد، ولی قبول دارد که مشهور فقهاء این است. کسی حالا بگوید با توجه به اینکه در مجتمع های اسلامی این حکم مشهور فقهاء، ساری و جاری بوده، با اینکه واقفین می دانسته اند به حسب تقلید یا اجتهادشان که این به ملک موقوف علیهم در می آید، آیا این موجب نمی شود ما استظهار کنیم که وقتی واقف می گویند وقف، در کنار این انشاء تملیک هم کرده است.

عدم تمامیت این قرینه

ما عرضمان این است که این قرائن کافی نیست برای اثبات اینکه واقف نیز انشاء تملیک کرده است. چون وقف خودش یک مجعول مستقلى است و آثاری دارد، بعید است که عقلاء اصلاً دنبال احکامش رفته باشند به این معنا که بخواهند در مقام انشاء آنها را مد نظر داشته باشند و برای آنها ترتیب اثر قائل شوند.

آن چیزی که در مقام انشاء لازم است انشاء همین عنوان است، که به قول امروزی ها یک نهاد مستقل است یا به قول قبلی ها یک مجعول اصالی است مثل زوجیت و ملکیت. این را انشاء می کنند، حالا آثاری بر آن مترتب است. لذا اقلش این است که بعد از اختیار اینکه وقف یک مجعول اصالی است و له آثار برای ما ثابت نشده است که در آن انشاء تملیکی نه مستقلاً و نه بالاتزام از ناحیه واقف حاصل شده است.

خب این تمام الکلام راجع به این مسأله. البته تمام الکلام به لحاظ بحث ما است. انشاء الله در فروع آتی (در ۶۶ یا ۶۷) آنجا در رابطه با خروج ملک از ملک واقف و دخول در ملک موقوف علیهم در انحاء وقف خاص و عام و وقف علی الجهة انشاء الله به تفصیل بحث خواهیم کرد و ادله مستقلة خودش را خواهیم آورد.

ادله تصحیح وقف علی من ینقرض

الان بعد از این مقدمات می خواهیم وارد شویم در اینکه در وقف علی من ینقرض، فائیلین به صحت که می خواهند این وقف را تصحیح کنند به چه چیزی تمسک می کنند؟

آنها به عمومات مثل اوفوا بالعقود تمسک می کنند. آنها به اطلاق یا عموم الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها تمسک می کنند. آنها به برخی روایات خاص مثل روایت علی بن مهزیار که وقف الی وقت معلوم یا روایت صفار که هر دو صحیح هستند و قبلاً فی الجملة بحثش شده به آنها تمسک می کنند. و برخی هم به روایات دیگری که انشاء الله بحث می شود.

دلیل اول: تمسک به عمومات عامه مانند اوفوا بالعقود و عام خاص الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها

حالا می خواهیم اول ببینیم اوفوا بالعقود تکلیفش چیست.

مرحوم سید و دیگران به همین تمسک کرده اند، و مرحوم شیخ اشکال می کند.

منتهی اینجا جای دقت است. اشکال شیخ وقبول سید معلوم نیست با هم معارض باشند. حالا می خواهیم این را بحث کنیم و روشن کنیم.

مرحوم آخوند هم به اوفوا بالعقود تمسک می کند و همینطور به الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها. این دومی که مسلم است، اولی هم فکر کنم در جاهای مختلف به آن تمسک کرده است. البته در تمسک ایشان به اوفوا بالعقود شک دارم. چون یک جاهایی ایشان تشکیک می کند که وقف عقد باشد.

بنابر اینکه وقف عقد باشد، مرحوم سید می گوید اوفوا بالعقود شامل آن می شود، الوقوف هم شامل می شود، لذا این وقف از ناحیه شارع تصحیح می شود. علاوه بر اینکه روایات علی بن مهزیار و حسن بن صفار را هم ایشان قبول دارد، که ما قبلاً خواندیم و البته دوباره هم اینجا بحث می کنیم تا ببینیم کیفیت شمولش نسبت به وقف علی من ینقرض چگونه است.

پس حرف ایشان که سر راست است.

تفصیل مرحوم شیخ در شمول اوفوا بالعقود نسبت به وقف علی من ینقرض

منتهی مرحوم شیخ مقدمه ای که ذکر کرد برای اینجا بود. می فرماید: اگر وقف تملیک باشد، با اوفوا بالعقود ما می توانیم وقفی را که مملک است تصحیح کنیم. اوفوا بالعقود شامل آن می شود و آن را امضاء می کند.

و اگر وقف تملیک استقلالی نباشد ولی مثل صلح مصادفت کند و متصادق باشد با انشاء تملیک ولو بالالتزام، این هم خوب است، چون اوفوا بالعقود شاملش می شود و این تملیک امضاء می شود. پس ما یک وقف مملک داریم.

اما اگر ما گفتیم وقف حبس است، حالا ماهیت این حبس هر چه باشد، یا گفتیم عمری است، با اوفوا بالعقود شما نمی توانید تملیک را درست کنید. و چون مرحوم شیخ از کلمات فقهاء استفاده کرده بود که در وقف اینجاها انشاء تملیک نیست، بنابراین تمسک به اوفوا بالعقود و همینطور الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها را می گوید ولو شامل شود به درد نمی خورد. خب دقت کنید به درد چی نمی خورد؟ یعنی وقفی که مملک باشد درست نمی کند. تصحیح می کند اما حبس را تصحیح می کند، ولی وقف مملک برای شما درست نمی کند. مگر اینکه شما در حقیقت وقف انشاء تملیک قائل باشید یا انشاء تملیک بالالتزام قائل باشید، آنوقت شمول اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها نسبت به این کفایت می کند.

دقت کنید، مرحوم سید که در تصحیح این وقف رجوع می کند به شمول اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها چه چیزی را تصحیح می کند: نه وقف مملک را، چون ایشان می گوید الوقف هو الايقاف و ليس التملیک، بله در آنجاها بی که وقف ابدی است، از لازمه اش می فهمیم از ملک واقف خارج شده است، اما دخول در ملک موقوف علیهم اول کلام است.

جمع بین کلام مرحوم شیخ و مرحوم سید

پس ایشان که می خواهد وقف علی من ینقرض را به عمومات اوفوا بالعقود یا اطلاق و عموم الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها تمام کند و تصحیح کند، فقط می خواهد بگوید همچنین وقفی امضاء شده است، نمی خواهد بگوید مملک است. مرحوم شیخ که اشکال می کند در تمسک به اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، نمی خواهد بگوید امضاء نشده، می خواهد بگوید نمی توانید از آن وقف مملک در بیاورید.

این نکته مهمی است. چرا؟ چون همانطوری که هم مرحوم شیخ فرموده است و هم دیگران، فقهاء ما در بحث وقف عمدتا قائلند که عین موقوفه از ملک مالک خارج می شود و وارد ملک موقوف علیهم می شود اقلا در اوقاف خاص. حتی عرض کردم مرحوم سیدی که می گوید الوقف هو الايقاف، ایشان این را قبول دارد که مشهور بین فقهاء این است. خب در

جائی که مشهور فقهاء این است که الوقف هو المملک، آنجا اگر می گویند که وقف تصحیح شد، مقصودشان این است که وقف مملک تصحیح شده است نه مطلق چیزی در حد حبس. مرحوم سید که در اینجا وقف را به اوفوا بالعقود درست می کند یا به الوقوف حسب ما یقفها اهلها، تصریح می کند می گوید وقف در اینجاها که تصحیح می شود چیزی در حد حبس است. چون خودش قبول دارد که مملک نیست. در حد حبس است و فرقی با حبس ندارد لباً. و مرحوم شیخ هم که اشکال می کند در شمول اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها بنابر این که وقف حبس باشد یا عمری، بخاطر همین است که می گوید مملک بودنش ثابت نیست.

نتیجه اینکه اگر ما از تصحیح وقف در مقام مقصودمان وقفی است که مملک باشد، اشکال شیخ ره وارد است. چون می گوید ما احراز نکردیم وقف در مقام، وقف مملک است. و اگر می خواهیم مطلق وقف را به هر معنایی که می خواهد باشد ولو در قوه حبس باشد تصحیح کنیم، خب اگر ما قائل باشیم که وقف عقد است یا بگوئیم ایقاعی است که مسلماً ادله عقد و امثال این و الوقوف شاملش می شود بالاولیة، تصحیح می شود.

اشکال به شمول اوفوا بالعقود للمقام به دلیل شبهه مصداقیه عقد نسبت به وقف

البته ما هم اوفوا بالعقود را شامل مقام نمی دانیم از باب اینکه شبهه مصداقیه است، چون نمی دانیم که آیا وقف عقد است که هم ایجاب و هم قبول لازم داشته باشد یا نه، چون نمی دانیم شبهه مصداقیه اوفوا بالعقود است.

اولویت شمول اوفوا بالعقود نسبت به ایقاعات اول کلام است

اولویت شمول اوفوا بالعقود نسبت به ایقاعات هم اول کلام است. به دلیل اینکه ایقاع که گره نخورده به قبول قابل، این اصلاً ماهیت عقد ندارد و هیچ اولویتی هم در کار نیست. شبیه یک عهد ابتدائی می شود. و در هر جایی که ایقاع می خواهد تصحیح شود تصحیحش باید به سیره عقلاء یا به امثال روایات خاصه باشد. اینطوری نمی توانیم از باب اولویت شمول اوفوا بالعقود، تمسک کنیم. یا بگوئیم که اصلاً عقد در اوفوا بالعقود خودش شامل ایقاعات هم هست، که ممکن

است برخی ادعا کرده باشند. و شواهدی هم بر آن می آورند که در میان قدماء اوفوا بالعقود را به ایقاعات هم تطبیق می کرده اند.

ولی به نظر ما هیچکدام از این دعاوی درست نیست. نه عقد بودن وقف روشن است، نه شمول اوفوا بالعقود.

به نظر ما اینکه در حقیقت وقف تملیک باشد روشن نیست. بلکه خودش مجعول اصالی است. اوفوا بالعقود هم شمولش اول کلام است. الوقوف حسب ما یقفها اهلها هم شامل نیست، چون اصلا الوقوف حسب ما یقفها اهلها در مقام بیان چیز دیگری است، خصوصا اینکه در ذیل روایتی است که ما در صدرش انحاء اجمالات را می بینیم، که بعدا اشاره خواهیم کرد.

مجموعه اشکالات در تمسک به اوفوا بالعقود در مقام

بنابر این در مجموع تصحیح به اوفوا بالعقود از چند جهت مشکل است، از ثبوت عقد بودنش، از شمولش از باب اینکه در باب وقف وقتی ما شک کنیم می شود شبهه مصداقیه. و همینطور الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها هم منصرف است از این مورد، نمی خواهد مشرع باشد و وقفهایی را که خودمان انجام دادیم حسب ما یقفها اهلها را بخواهد تشریعا امضاء کند. بلکه می گوید آنهایی که مفروع الوقفیه هست حسب ما یقفها اهلها است از باب اشتراطها و غیره که در ضمنش ممکن است بیاورد. اصلا در مقام اینکه نوعی از وقف را برای ما تشریع کند نیست.

این تمام الکلام در این جهت که تمسک به اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها درست نیست.

باقی می ماند تمسک به روایت صفار و علی بن مهزیار، که مرحوم سید هم تمسک کرده است. مرحوم شیخ می آورد البته اشکال می کند که انشاء الله فردا بیان می کنیم. الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۱۲۷
- خلاصه مباحث گذشته ۱۲۷
- اشکال تمسک به عمومات برای اثبات مملکت وقف ۱۲۷
- اشکالات تمسک به عمومات ۱۲۸
- اطلاقات و عمومات ناظر به وقف عرفی هستند و با شک در مقومیت شیئی در وقف عرفی دیگر نمی شود به آنها تمسک کرد ۱۲۹
- صغریا عرفی نبودن وقف علی من ینقرض محتمل است ۱۳۰
- دلیل دوم بر صحت وقف علی من ینقرض: تمسک به روایات ۱۳۰
- احتمال تفاوت وقف الی سنه با وقف علی من ینقرض ۱۳۱
- تمسک مرحوم سید و مرحوم شیخ به روایات ۱۳۱
- سند روایات ثلاث ۱۳۲
- روایت اول: روایت علی بن مهزیار ۱۳۲
- تطبیق روایت بر مانحن فیه ۱۳۳
- اشکال اول به استدلال: وقف معلوم نبودن زمان انقراض ۱۳۳
- اشکال دوم به استدلال به روایت: اجمال عبارت «هكذا هو عندی» در مرجع ضمیر و مقصود از آن است ۱۳۴
- روایت دوم: صحیح محمد بن حسن صفار ۱۳۶
- استدراک از روایت اول ۱۳۷

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در مسأله ۱۶ تحریر در وقف علی من ینقرض بود، بعد از طی مباحث متعدد راجع به بطلان این وقف و استدلالهای آن به ادله صحت رسیدیم.

در ادله صحت بحث ما در عمومات اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها بود، که فرمایش مرحوم شیخ انصاری را نقل کردیم. ایشان مقدمه مهمی در مورد اینکه آیا در وقف تملیک از ناحیه مالک وجود دارد یا نه مطرح نمودند و به بحث حقیقت وقف که آیا حبس است یا شیء دیگری ورود کردند.

اشکال تمسک به عمومات برای اثبات مملکت وقف

راجع به تأثیر این بحث در جلسه گذشته عرض کردیم که در تمسک به عموم اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها اختلاف است. عده ای از فقهاء به این عمومات تمسک کرده اند مانند مرحوم سید و مرحوم آخوند و دیگرانی متقدم یا متاخر بر این بزرگان. مرحوم شیخ انصاری هم تمسک می کند اما به یک نکته مهم توجه می دهد و آن این است که تمسک به عمومات مانند اوفوا بالعقود یا الوقوف حسب ما یقفها اهلها غایتش اثبات امضاء چنین وقفی است. اما اینکه این وقف مملک است و در آن تملیک هست یا نه، این را تصحیح نمی کند.

ولذا اشکال ایشان به تمسک به این عمومات این است که باید مبنا را ببینیم. یعنی در تحلیل مفهوم وقف یا حقیقت وقف اگر رسیدیم به اینکه وقف مملک است، آنوقت اوفوا بالعقود یا الوقوف وقتی شامل وقف شود، می گوئیم همین وقف مملک تصحیح شده است. اما اگر حقیقت وقف حبس باشد، کما اینکه ایشان احتمال دادند که در وقف تملیک مالکی یعنی انشاء تملیک من الواقف نباشد آنوقت اوفوا بالعقود این وقف را علی ما یكون علیه می گیرد بنابراین در این وقف تملیک نیست.

پس اگر مقصود از صحت وقف وقف علی من ینقرض و قفا، این باشد که وقف مملک است، این با این فرض که وقف و حبس یکی باشد یا این فرض که انشاء تملیکی در وقف نباشد یا {حداقل} لم یحرز که انشاء تملیک در وقف باشد، سازگار نیست.

بله حبس را تا زمان من ینقرض تصحیح می کند. یعنی این روشن است که الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها بنابراینکه شامل چنین وقف شود و در مقام تصحیح و امضاء وقوف مختلف باشد، طبیعتاً این وقف را به صورت حبس تا زمان بقاء من ینقرض تصحیح می کند. لکن بحث سر این است که این وقف مملک است یا نه؟ و این را نمی توان با تمسک به عمومات اثبات کرد.

البته این تدقیقی است در مسأله از جانب مرحوم شیخ، والا صاحب عروه ره که وقف را ایقاف می داند و به اوفوا بالعقود و الوقوف تمسک می کند، اصلاً در بند این نیست که حتماً وقف بما هو مملک امضاء شده باشد. بلکه به نظر ایشان عمومات مانند اوفوا بالعقود و الوقوف همین وقفی را که به نظر ایشان ایقاف است شامل می شود، بعد ایشان مسأله خروج از ملک و ورود در ملک دیگری را از ادله دیگری مانند ابدی بودن و امثال این استفاده می کند نه از باب دلیل امضاء.

نتیجه اینکه اگر کسی دنبال وقف مملک است، آنهم نه تملیکی که از ناحیه شارع بیاید، بلکه از باب انشاء تملیک مالکی، نمی تواند آن را با تمسک به اوفوا بالعقود و الوقوف درست کند، مگر اینکه مبنایش این باشد که حقیقت وقف انشاء تملیک از ناحیه مالک است.

این فرمایش مرحوم شیخ و فرمایش کسانی که به عمومات مانند اوفوا بالعقود تمسک کرده اند.

اشکالات تمسک به عمومات

ما در جلسه گذشته برخی از اشکالات را عرض کردیم. در طی مباحث سال گذشته هم مکرر عرض کردیم که ما نه به اوفوا بالعقود می توانیم تمسک کنیم و نه به الوقوف حسب ما یقفها اهلها.

اطلاقات و عمومات ناظر به وقف عرفی هستند و با شک در مقومیت شیئی در وقف عرفی دیگر نمی شود به آنها تمسک کرد

نکته جدیدی که در طی بحثهای این چند روز عرض کردیم و بحث مهمی است این است که اگر در وقف عرفی احتمال دهیم امری شرطا یا جزئا مقوم است، نمی توانیم به اوفوا بالعقود یا الوقوف حسب ما یقفها اهلها (برای تصحیح فاقد قید) تمسک کنیم.

توضیح اینکه به تناسب حکم و موضوع اطلاقات و عمومات امضاء بر وقف عرفی وارد می شود نه بر وقف شرعی. چون تازه می خواهیم با شمول این ادله، {معامله را} امضاء کنیم، وقف شرعی را که امضاء نمی کنیم پس وارد می شود بر وقف عرفی. اما کدام وقف عرفی؟ به نظر می رسد وقف عرفی صحیح. البته این محال نیست که شارع وقف عرفی باطل را هم تصحیح و امضاء کند، اما خلاف ظاهر و خلاف تناسب حکم و موضوع است. شارع وقتی می خواهد امضاء کند می گوید همین بیع هایی که در میان شما جاری است، همین وقفهایی که در میان شما دارج است، {می پذیرم}. یعنی همین وقف های صحیح و بیع های صحیح که در میان شما هست و ترتیب اثر می دهید، من هم به آنها ترتیب اثر می دهم.

پس بیان شارع و دلیل امضاء بر این بیع های جاری، بر این صلح های جاری، بر این وقفهای جاری، وارد می شود و مراد از جاری بودن این معاملات این است که در میان عرف تأثیرگذار هستند. و الا به تناسب حکم و موضوع مولا به وقف باطل در نزد عرف کاری ندارد.

این در این بحث ما دقت نشده است که اگر ادعا کردیم که ابدیت در همان وقف عرفی دخیل است یا احتمال دخالت تأیید در وقف عرفی دهیم، به صورتی که به هر دلیل، حصول عنوان وقف عرفی احراز نشود. عقد بودن یا وقف بودن که موضوع اوفوا بالعقود یا الوقوف است احراز نشده است و مشکوک است. پس ما نمی توانیم به ادله الوقوف یا اوفوا بالعقود تمسک کنیم. زیرا این ادله عقدی را تصحیح می کند که عند العقلاء عقد مؤثر باشد و عقد فاسد را تصحیح نمی کند.

ما جلسات گذشته گفتیم این بحث ما در عقود نمی آید، ولی وقتی فکر مجدد کردم دیدم در عقود هم می آید، فرقی نمی کند.

پس هرگاه هر امری را که بحث اشتراطش هست، مثل ابدیت یا عدم ذکر مدت و امثال این، اگر احتمال بدهیم دخول آن را جزءا یا شرطا در وقف عرفی، آنوقت دیگر دست ما بسته است، نه اوفوا بالعقود شاملش می شود و نه الوقوف.

صغریا عرفی نبودن وقف علی من ینقرض محتمل است

و حق مطلب این است که ما {دخالت تابید به این معنا را} احتمال می دهیم. یعنی در وقفهایی که در میان اقوام جاری بوده نمی دانیم که آیا وقف علی من ینقرض داشته اند، یا نه {ماهیت این عمل} چیز دیگری بوده، وقف نبوده، حبس بوده است، یا اصلاً امر دیگری بوده.

پس {برای تمسک به اطلاعات} باید برای ما وقف بودن روشن باشد، البته نه لفظ وقف و معنای عرفی به معنای لغوی بلکه حقیقت وقف به عنوان یک امر و نهاد عقلانی و اعتبار عقلانی که در میان عقلاء دارج است و شارع می خواهد آن را با اوفوا بالعقود امضاء کند، باید احراز کنیم که آن چیزی که سبب شک ما در امضاء است، مثل انقراض در وقف علی من ینقرض یا مدت در وقف الی مدة، نباید در ماهیت آن امر عرفی دخیل باشد. باید عنوان آن بدون این محرز باشد. یعنی وقتی وقف علی من ینقرض می شود، عرف بگوید هذا وقف. این تمام باشد، بعد ما وقتی شک می کنیم که شرعاً از مقومات این وقف است یا نه، آنوقت آنهایی که ادله امضاء را قائلند می توانند به دلیل امضاء آن را امضاء کنند. اما واقعش این است که ما در اصل تحقق عرفی وقف هم جدا شک داریم. در اصل تحقق عقد صحیح عرفاً شک داریم. اینکه در میان ملل و اقوام وقف فقط بر فرزند درست باشد، بگوییم من این منزل را وقف کردم بر این فرزندم و دیگر نسبت به بعد از فرزندم هیچ چیز نگوییم که چه می شود، این را هم بگویند وقف است نمی دانیم. غایتش این است که بگوئیم نمی دانیم چی هست، آیا صحیح می دانند یا نمی دانند. وقتی نمی دانیم دیگر نمی شود به اوفوا بالعقود یا الوقوف حسب ما یقفها اهلها تمسک کنیم.

این هم می شود یک اشکال مضاعف بر کسانی که می خواهند به عمومات تمسک کنند.

دلیل دوم بر صحت وقف علی من ینقرض: تمسک به روایات

بعد از عمومات، ما دو سه روایت داریم که معمولاً به آنها تمسک می شود. در همین بحث، مرحوم سید به این روایات تمسک کرده است. مرحوم آخوند بجز الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها که ذیل روایت است به بقیه دیگر تمسک نمی کند. اما مرحوم سید به کل روایات تمسک می کند، یکی روایت علی بن مهزیار است، یکی روایت حسن بن صفار است که هر دو در باب هفتم ابواب وقوف و صدقات رسائل نقل شده است.

قبلاً ما این روایات را بحث کردیم. سال گذشته در جلسه هفتم و هفتم و یکم به تفصیل این روایات را بحث کردیم. ما در آنجا چهار اشکال به تمسک به این روایات بیان کردیم. این را هم باید عنایت کرد که بحث آنجا راجع به دلالت این روایت بر صحت وقف الی سنه بود. خب در آنجا ما چهار اشکال داشتیم. برخی از آن اشکالات با اینجا مشترک است.

احتمال تفاوت وقف الی سنه با وقف علی من ینقرض

اما امروز بحث ما چیز دیگری است. راجع به این است که آیا شمول این روایات نسبت به وقف علی من ینقرض درست است یا نه. چون وقف الی سنه بالتصریح الی مدة و اجل است. ولی وقف علی من ینقرض بالتصریح اجلی ندارد، علی من ینقرض است، ولذا مادام لم ینقرض شاملش می شود. بله لبا علی من ینقرض نتیجه اش این است که مدت داشته باشد، اما تصریحی در خود متن وقف به این نمی شود.

تمسک مرحوم سید و مرحوم شیخ به روایات

همانطور که در وقف الی مده عده ای به روایات تمسک کرده اند، در اینجا هم عده ای تمسک کرده اند. مرحوم سید در ملحقات به این روایات تمسک می کنند و می گویند بعد از شمول عمومات این روایات نیز بر صحت این وقف دلالت می کنند. البته ایشان این دو روایت علی بن مهزیار و محمد بن حسن صفار را که در باب هفت از ابواب وقوف و صدقات است نقل می کند.

عده ای روایت جعفر بن حنان را هم ذکر کرده اند. از جمله مرحوم شیخ انصاری در بحث وقف علی من ینقرض علاوه بر این دو روایت، روایت جعفر بن حنان را نیز ذکر می کند. (در برخی نسخ کافی حیان ذکر کرده اند). این روایت در وسائل الشیعه در باب ۶ روایت ۸ آمده است. در باب ۷ کلا دو روایت داریم که همین دو روایت محل بحث است. اولی روایت علی بن مهزیار است و بعد روایت محمد بن حسن صفار است.

سند روایات ثلاث

هر دو روایت باب ۷ صحاح هستند و طرقتش هم مختلف است. اما روایت جعفر بن حنان بحث دارد، چون ایشان ظاهراً مجهول است و توثیق نشده است. ولی انشاء الله یک بحثی راجع به این خواهیم کرد.

الان بحث ما در شمول روایت علی بن مهزیار است. مباحث زیادی دارد، ما نمی خواهیم بحثهای قبل را تکرار کنیم. روایت علی بن مهزیار را می خوانیم و وجه استدلال و اشکالات را مطرح می کنیم.

روایت اول: روایت علی بن مهزیار

این روایت که از طریق محمد بن الحسن (شیخ طوسی ره) باسناده عن علی بن مهزیار است، این روایت در تهذیب و استبصار آمده است.^۱ روایت این است که:

«عن علی بن مهزیار روی بعض موالیک عن آبائک علیه السلام أنّ کلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب علی الورثة و کلّ وقف إلى غیر وقت جهل مجهول فهو باطل علی الورثة و أنت أعلم بقول آبائک علیه السلام، فکتب علیه السلام: «هكذا هو عندی».

^۱ - طبق آدرس پاورقی وسائل، در تهذیب جلد ۹ صفحه ۱۳۲ و در استبصار جلد ۴ صفحه ۹۹ است.

بعد در وسائل می فرماید: رواه الكلینی عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد و عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زیاد جمیعا عن علی بن مهزیار. و رواه الصدوق باسناده عن علی بن مهزیار. پس این روایت از سه طریق بلکه بیشتر نقل شده است.

وجه تمسک به این روایت این است که می گویند کبرایی که از این روایت علی بن مهزیار استفاده می کنیم این است که وقف اگر اجل داشته باشد درست است و اگر اجل نداشته باشد نادرست است. این کبرایی که استفاده می کنیم این است. چون فرموده اند آن کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة، یعنی ممضاة است و ورثه باید به آن ملتزم باشند. و کل وقف الی غیر وقت جهل مجهول فهو باطل. یعنی اگر أجل و وقت نداشته باشد و قتش جهل مجهول باشد این باطل علی الورثة، و لازم نیست بر ورثه واقف که به این وقف عمل کنند.

تطبیق روایت بر مانحن فیه

آنوقت چه جور تطبیق کنیم به بحث ما که علی من ینقرض است؟

مستدل اینطور استدلال می کند می گوید در وقف علی من ینقرض، این وقف گوئی تا زمان انقراض است. پس أجل دارد و وقف الی أجل است، وقف الی وقت معلوم است. وقت معلومش چه زمانی است؟ همین أجلی که هست، همین انقراضی که هست یک أجلی است. الی وقت معلوم یعنی همین.

اشکال اول به استدلال: وقف معلوم نبودن زمان انقراض

منتهی واقعا اینطور درست کردن خیلی تمهل می خواهد. الی وقت معلوم، اگر ما باشیم و ظاهر این روایت و اطلاعات مازادی دخالت نکند در فهم روایت، ظاهرش باید وقت معلوم باشد. یعنی مثلا باشد دو سال دیگر، یک سال دیگر از این زمان مثلا، یا فرض کنید سال معین، که وقت معلوم باشد. اما کل وقف الی غیر وقت یعنی قتش مذکور نباشد که در نتیجه جهل مجهول باشد فهو باطل. پس باید أجل مذکور باشد. لذا اگر یاد دوستان باشد سال گذشته جزء یکی از اشکالات ما این

بود که حتی در روایاتی که ابد ذکر شده است به این معنا که ما قامت السموات و الاض، این را هم شاید کسی بگوید وقت معلوم نیست. ما قامت السموات که وقت معلوم نیست. حالا اگر کسی این را ابد بگیرد و ابد را هم وقت معلوم بگیرد، دیگر این صورت وقف علی من ینقرض را که نمی دانیم کی انقراض می شود، امروز می شود، فردا می شود، دو سال بعد، پنج سال بعد، ده سال بعد، صد سال بعد، نمی دانیم کی منقرض می شود نمی توانیم بگوئیم این هم وقت معلوم است. کی این وقت معلوم است؟ این واضح است که وقت معلوم نیست.

ولذا مرحوم شیخ وقتی که می بیند این خیلی زور می خواهد، می گوید اگر اُبی اَبِ ما او را ارجاع می دهیم به روایت صفار. که آن بحث دیگری است. کما اینکه مرحوم صاحب جواهر و دیگران این روایت اول را به روایت دوم ارجاع می دهند، یعنی معنای آن را برمی گردانند به روایت دوم که محمد بن حسن صفار نقل کرده اند که به آن می رسم.

این کار یعنی ارجاع روایت اول به دوم مورد اشکال واقع شده است، ولذا مثل مرحوم سید و دیگران گفته اند اینها دو تا روایت مستقل است، وجه ارجاع چیست.

عرض ما این است که اولاً کیفیت تطبیق این روایت بر وقف علی من ینقرض واقعا روشن نیست. این ادعای خیلی عجیب و غریبی است که بگوئیم زمان انقراض آن غایت و مدتی است که ما در وقت معلوم لازم داریم، این وقت معلوم است. انقراضی که معلوم نیست کی است وقت معلوم است.

اشکال دم به استدلال به روایت: اجمال عبارت «هكذا هو عندی» در مرجع ضمیر و مقصود از آن است.

از آن گذشته، ما در سال گذشته در تمسک به این روایت اشکالات دیگری مطرح کردیم که یکی را نقل می کنیم و عبور می کنیم:

در روایت علی بن مهزیار راوی می گوید قلت له (ظاهراً به امام هادی علیه السلام است که می فرماید) روی بعض موالیک عن آبائک علیهم السلام أن کل وقف الی وقت ملعوم فهو کذا و کل وقف الی غیر وقت باطل مردود علی الورثة، و أنت اعلم بقول آبائک علیهم السلام، فکتب علیه السلام هكذا هو عندی. یکی از نکاتی که اینجا وجود دارد و برخی از فقهاء

به آن اشاره کرده اند این است که این هکذا هو عندی به کجا می خورد؟ یک وقتی معنای هکذا هو عندی می خورد به اینکه این روایت از آبائک علیهم السلام هست یا نه، و نظر شما هم همین است یا نه؟ یعنی هکذا هو عندی سؤال از این است، و امام علیه السلام هم جواب فرموده که بله ما این را قبول داریم. این در واقع می شود نظر امام هادی علیه السلام راجع به یک همچنین مطلبی که از آبائشان نقل شده، گوئی روایت را قبول و امضاء کرده اند که روایت هست. بنابر این می شود به آن تمسک کرد.

این یک بیان است.

گرچه من در همینجا هم یک تأملی دارم. تأمل این است که: اینکه روی بعض موالیک عن آبائک، اینکه امام علیه السلام که می فرماید هکذا هو عندی، این به کجای این مضمون می خورد؟ آیا به این می خورد که بله این روایت شده است؟ اگر کلام امام علیه السلام فقط ناظر به این باشد که این مطلبی که روایت شده است، هکذا هو عندی دیگر ممکن است خود حضرت این را تصحیح نفرماید. یعنی روایت شده ولی این روایت درست نباشد. روی بعض موالیک، تعبیر موالیک عن آبائک خب یک جوری شاید می خواهند نزدیکی این راویان را برسانند، حالا اینها یک قرائنی است، منتهی ولو بعید است ثبوت این احتمال می رود که امام علیه السلام بخواهند تصحیح کنند اصل روایت را، که روایت شده است، اما این روایت درست است یا نه بحث دیگری است.

ولی حق این است که اگر هکذا هو عندی دارد به مضمون این روایت می خورد، ظهور اولی ظاهراً همین است که روایت را امام علیه السلام تصحیح می فرماید. یعنی فرموده اند که بله کبری را ما قبول داریم که کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة، یعنی مضمون را امام تصحیح فرموده اند و یک روایت با مضمون صحیحی از امام علیه السلام نقل شده است. آنوقت لولا آن اشکالات دیگر به درد کسانی که می خواهند به این روایت استدلال کنند می خورد.

اما یک مسئله دیگر وجود دارد. هکذا هو عندی اگر بخورد به سؤال از تفسیر این. سائل که علی بن مهزیار است و این مطلب را از امام علیه السلام می پرسد، از چه چیزی سؤال می کند؟ اگر سوال از وجود این روایت و چنین مضمونی در شرع اسلام باشد و امام علیه السلام نیز تأیید کنند که بله این روایت هست و درست است. این خوب است. اما اگر سؤال از این نباشد، بلکه سؤال از تفسیر این روایات باشد. سؤال علی بن مهزیار این است که من به امام علیه السلام عرض کردم که بعضی موالی شما اینطور نقل می کنند، و أنت اعلم بقول آبائک، یعنی معنای این نقل چیست؟ یعنی این حرف که الی وقت معلوم فهو واجب الی غیر وقت جهل مجهول باطل است علی الورثة این یعنی چه؟ سؤال از معنی و تفسیر این منقول باشد، نه از اصل این روایت و اینکه از آباء شما صاده شده یا نه.

ممکن است اصلاً علی بن مهزیار آن بعض موالی را خوب می شناسد، ثقه هم هستند و ممکن است متعدد هم باشند، ولذا اصل روایت برایش ثابت است و در اصل روایت مشکلی نیست که بخواهد از امام علیه السلام از صدور روایت از آباء طاهرینش سوال کند. مخصوصاً با این تعبیر که و انت اعلم بقول آبائک، که گفته بقول آبائک نه اصل روایت از آبائک. علی بن مهزیار می خواهد بپرسد که آباء طاهرین شما مقصودشان از این روایت چه بوده و مفاد این روایت چیست که اگر وقف الی وقت معلوم باشد این درست است، اما اگر الی وقت معلوم نباشد بلکه جهل مجهول باشد باطل است. این یعنی چه. سؤال از تفسیر باشد.

آنوقت عبارت امام علیه السلام که فرمود هکذا هو عندی آیا واقعا این جواب است؟ این جواب نیست.

آنوقت روی این وضع احتمال می دهیم که اصلاً امام بخاطر تقیه یا امر دیگری نخواستند جواب صریح بدهند و مسئله را باز کنند و تفسیر خودشان را بیان کنند، شاید برای آن مخاطب مشکلی می شده، یا برای کسی که این روایت را از ایشان نقل می کرده یا حمل می کرده مشکلی پیش می آمده است. به هر حال امام علیه السلام به هر دلیلی اینطور فکر کرده اند که جوابشان را دهند، گفته اند هکذا هو عندی. هکذا هو عندی جواب از تفسیر نیست، روشن است. به خلاف اینکه اگر مضمون روایت سؤال باشد از اصل وجود روایت و امام بفرماید هکذا هو عندی، که این یعنی من هم همین را می گویم که کل وقف الی وقت معلوم صحیح است.

پس ما یک اجمالی در روایت داریم از حیث اینکه سؤال سائل از چیست؟ از تحقق این روایت و مضمون آن است، یا از تفسیر این روایت بعد از فراغ از صحت روایت پیش خودش هست. روایت را می دانسته نقل شده و درست است، از محتوا و تفسیرش می پرسد.

بنابر این، این اجمال هم هست، برخی از فقهاء هم نقل کرده اند و به نظر من قابل توجه هم هست.

این هم یک اشکال می شود در تمسک به این روایت.

روایت دوم: صحیح محمد بن حسن صفار

اما روایت صفار که روایت دوم این باب هفتم است. «و بإسناده (محمد بن الحسن) عن محمد بن حسن الصفار قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام اسئله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا (يا مؤقتا) فهو صحيح ممضي. (بعد همین راوی می گوید: قال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها. (دقت کنید، و قال قوم که موقت را ذکر می کند، دیگر غیر موقت را ذکر نمی کند چیست. اما در بعدی می فرماید: قاله و قال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر في آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا فما الذي يصح من ذلك؟ و ما الذي يبطل، فوقع عليه السلام: الوقف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله.

آنوقت امام عليه السلام در ذیل این روایت که در آن دو تفسیر از روات احادیث نقل شده است، امام عليه السلام توقیع فرموده اند که: الوقف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله.

استدراک از روایت اول

البته ما باید یک نکته ای را هم استدراک کنیم. در بحث از روایت علی بن مهزیار گفتم اشکالات متعدد است، یک اشکال هم که قابل توجه است و دوستان عنایت کنند و مراجعه کنند به همان درس ۷۰ و ۷۱، مطلبی است که شیخ طوسی فرموده است. شیخ طوسی می فرماید در این روایت و روایت بعدی، وقت، أجل نیست. وقت به حسب ظاهر لغوی أجل است، ولی در این روایت أجل نیست. مقصود موقوف علیهم است. ذکر أجل یعنی ذکر موقوف علیهم. و ایشان فرموده اند این متعارف است در میان عرف که بگویند وقت و مرادشان موقوف علیهم باشد. البته الان که واضح است که خلاف ظاهر است، اما ما ۱۳۰۰ سال تا منبع روایت فاصله داریم، ولی شیخ طوسی حدود ۲۰۰ سال فاصله داشته است، این چیزی که می گویند درست است که خلاف ظاهر حالا است، چون دیدم بعضی فقهاء مثل مرحوم سید فرموده اند ظاهر وقت یعنی أجل. بله، حالا یعنی أجل، اما آیا آن زمان هم همه اش أجل بوده، یا نه معنای متعارف دیگری هم داشته است. مرحوم شیخ طوسی که استاد کل فی الكل است در نقل روایت، در تفسیر، در لغت، ایشان استاد بوده، چنین شخصی می آید می گوید متعارف است که معنای وقت أجل نباشد بلکه موقوف علیهم باشد. لذا باید برای این حساب باز کرد.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۱۶) وقف علی من ینقرض

این تکمله ای راجع به روایت علی بن مهزیار.

انشاءالله در جلسه بعد راجع به روایت دوم بحث می کنیم.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۱۴۰
- خلاصه مباحث گذشته ۱۴۰
- مضمون مکاتبه محمد بن حسن صفار ۱۴۰
- مطرح کردن دو تفسیر در روایت برای موقت ۱۴۱
- عدم ارتباط عموم یا اطلاق ذیل مکاتبه به بحث ۱۴۲
- فائده مترتبه بر ذیل مکاتبه ۱۴۲
- احتمال دیگر راجع به ذیل مکاتبه ۱۴۳
- وجه استدلال به مکاتبه برای تصحیح وقف علی من ینقرض ۱۴۳
- اشکالات تمسک به روایت ۱۴۴
- استدلال معکوس به این مکاتبه بر بطلان وقف علی من ینقرض ۱۴۴
- مقدمه استدلال بر بطلان: عدم حجیت تفسیرهای قوم توسط امام ۱۴۵
- اشکال مستدلین به این روایت به مستشکلین: استدلال به ذیل روایت است ۱۴۶
- وقف علی من ینقرض مورد روایت است ۱۴۶
- ایراد شیخ به مورد روایت بودن وقف علی من ینقرض ۱۴۷
- اشکال به ایراد مرحوم شیخ ۱۴۸
- جواب از اشکال به ایراد مرحوم شیخ ۱۴۸
- روایت سوم (روایت جعفر بن حنان) ۱۴۹
- بررسی سند روایت سوم ۱۴۹
- پذیرش اسناد کافی، تهذیب و فقیه بنابر مختار ۱۵۰
- مضمون روایت سوم ۱۵۱
- مراد از «أوصی لرجل» در روایت ۱۵۲

- ۱۵۲..... بررسی سوالی بودن این فقره از روایت
- ۱۵۳..... فقره دوم روایت.....
- ۱۵۳..... فقره سوم روایت.....
- ۱۵۴..... محل استشهاد در روایت.....
- ۱۵۴..... شاید مراد از قرابت میت، ورثه واقف باشند.....
- ۱۵۵..... مراد از ما یخرج من الوقف.....
- ۱۵۵..... فقره آخر روایت مربوط به بیع وقف است.....

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در روایاتی بود که به این روایات برای تصحیح وقف علی من ینقرض غالباً تمسک شده است. از جمله روایت محمد بن حسن صفار است که مرحوم شیخ و دیگران این روایت را نقل کرده اند و این روایت محل استشهاد برای روایت علی بن مهزیار نیز شده است.

مضمون مکاتبه محمد بن حسن صفار

متن مکاتبه:

«عن محمد بن الحسن الصفار قال: کتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضي، قال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها قال: و قال

آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر في آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها و الذي هو غير موقت أن يقوله هذا وقف و لم يذكر أحدا فما الذي يصح من ذلك و ما الذي يبطل؟ فوقَّع عليه السلام: الوقف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله».

مضمون این روایت که مکاتبه است این است که: راوی نامه ای به امام عسکری سلام الله می نویسد و می پرسد عن الوقف الذی یصح کیف هو، آن وقفی که صحیح است چگونه است؟

اینکه چگونه است سؤال باید خاص باشد تا معنا داشته باشد. راوی سؤالش را روشن می کند که از چه چیزی سؤال می کند. لذا می گوید: فقد روی أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود علی الورثة وإذا كان موقتا فهو صحيح ممضى. این سائل محترم از امام علیه السلام می پرسد روایتی وارد شده است که به صورت یک کبری است که وقفی که موقت باشد صحیح است و ممضی است و وقفی که موقت نباشد باطل است و مردود علی الورثة است یعنی وقف برمی گردد به ورثه.

مطرح کردن دو تفسیر در روایت برای موقت

بعد راوی خودش دو تفسیری را که در میان شیعیان مطرح بوده نقل می کند، گفته است: إن الموقت هو الذی یذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين الى أن يرث الله الارض و من عليها.

راوی خدمت امام علیه السلام عرض می کند که دو تفسیر شده است، برخی می گویند موقت آن وقفی است که در آن ذکر می شود که وقف است بر آن شخص و اعقابش، و بعد که منقرض شدند بر فقراء و مساکین. این وقف موقت است. آنوقت در مقابلش وقف غیر موقت است، چون دیگر نقل نکرده است.

بعد همین راوی می گوید قال آخرون، عده دیگری این موقت و غیر موقت را جور دیگری تفسیر کرده اند. گفته اند که موقت آن چیزی است که ذکر شود که این وقف مال این شخص است و عقب او، و دیگر هم ذکر نمی کنند که بعدش برای مساکین و اینها. این موقت است. غیر موقت این است که اصلا موقوف علیهم هیچ ذکر نشوند. مثل اینکه بگوید هذا وقف بدون اینکه اصلا موقوف علیهمی ذکر کند.

پس (در یک تفسیر) غیر موقت را تفسیر کرده اند به غیر مذکور از موقوف علیهم اصلا، و موقت را گفته اند یعنی ذکر کند موقوف علیهم را منتهی به این شکل که بعد از عقب آن موقوف علیهم دیگر بقیه را که مثلا مساکین و فقراء یا مساجد و اینها که دوام دارد ذکر نشده است. یعنی موقت را همین دانسته است. اما یک تفسیر دیگر این است که موقت آن چیزی است که شخص که می خواهد موقوف علیه باشد وعقبش ذکر شود و بعدش هم بگویند برای مساکین و فقراء است که معمولا بقاء دارند و انقراضی ندارند. آنوقت طرف مقابلش را هم ذکر نمی کند که غیر موقت یعنی چه.

آنوقت امام علیه السلام توقیع فرموده اند در یک جمله که: الوقوف بحسب ما یوقفها اهلها انشاءالله.

عدم ارتباط عموم یا اطلاق ذیل مکاتبه به بحث

ما قبلا مکرر عرض کردیم عموم یا اطلاق ذیل این روایت ربطی به بحث ما ندارد، چون در مقام تشریع و بیان تصحیح و یا امضاء وقف ها به لحاظ شروط و اجزاء نیست، بلکه اگر وقف به حسب آنچه از اجزاء و شرائط دارد واقع شد، امام آن را تصحیح می کند.

فائده مترتبه بر ذیل مکاتبه

ممکن است بفرمائید این ذیل و پاسخ امام علیه السلام چه فائده ای دارد؟ وقفی که با اجزاء و شرائط باشد چه تصحیحی می خواهد؟

پاسخ این است که روایت تصحیح می کند شرائطی را که ممکن است خود واقف بگذارد. یعنی بعد الفراغ از اوقاف صحیح، بحث در این است که اگر واقف مثلا شرطی قرار بدهد درست است.

احتمال دیگر راجع به ذیل مکاتبه

احتمال دیگری هم که مکرر عرض کردیم در روایت وجود دارد این است که اصلاً امام علیه السلام جواب سؤال سائل را نمی دهند، بلکه بحث را به جای دیگری برده اند. یعنی اگر کسی بخواهد اشکال کند که در این صورت سؤال با جواب نمی سازد، ممکن است کسی بگوید اصلاً امام کبرای دیگری بیان می کنند، و به نحوی اضراب کرده اند از اصل اینکه بخواهد به سؤال راوی جواب دهند.

وجه استدلال به مکاتبه برای تصحیح وقف علی من ینقرض

بحث از مدلول روایت قبلاً مطرح شده است. اما حالا می خواهیم ببینیم وجه استدلال و تمسک کسانی که به این روایت برای تصحیح وقف علی من ینقرض تمسک کرده اند چیست.

وجه تمسک این است که: بگوئیم در این روایت دو تفسیر برای موقف نقل شده است، و تفسیر دوم دقیقاً همین وقف علی من ینقرض است، چون در تفسیر دوم می گوید و قال آخرون که موقت یعنی وقف شود بر فلان و عقبه و لم یذكر بعدش بر فقراء و مساکین. و این یعنی همین وقف علی من ینقرض.

پس مضمون روایت این است که راوی اول این کبری را بیان کرد که وقف موقت صحیح است و وقف غیر موقت غیر صحیح، بعد دو تفسیر برای موقت و غیر موقت آورد، آنوقت امام فرمودند و قوف به حسب ما یوقفها اهلها است انشاء الله تعالی. یعنی هر دو تفسیر را امام تصحیح فرمودند. کسانی که می خواهند به این روایت تمسک کنند علی القاعده می خواهند بگویند که امام علیه السلام هر دو تفسیر را تصحیح می کنند، گفته اند هر جور که واقف وقف کند درست است. یعنی نتیجه اینطور می شود که: اگر وقف کرد بر شخص و عقب شخص و علی الفقراء و المساکین بعدها، درست است. و اگر وقف کرد بر شخص و اولادش و لم یذكر بعد از انقراض را، این هم درست است. از این بهتر چه جور می شود تمسک کرد به این روایت.

اشکالات تمسک به روایت

اشکال به تمسک به این روایت متعدد است. به لحاظ سند چون روایت صحیح است ما متن روایت را باید روی چشم بگذاریم اما بحث بر سر این است که از این روایت چه چیزی می توان فهمید؟ آیا امام علیه السلام در ذیل روایت می خواهند تمام آنچه را که در متن ذکر شد تصحیح کنند؟

یعنی وقتی امام علیه السلام فرموده اند که وقفهای غیر موقتی که اینها می گویند باطل است. کبرایی که در بالا ذکر شد که موقت این است و غیر موقت این است و ظاهر این روایت هم این است که تفسیرها اجتهادهای خود این اقوام است. امام اجتهادها را که تصحیح فرمودند. بلکه فرمودند هر جور وقف کنند صحیح است: «الوقوف بحسب ما یوقفها اهلها انشاءالله».

اگر این کلام امام علیه السلام عام باشد و قرار باشد تمام وقفهای این اقوام را تصحیح کند یک مصداق وقف هم این است که واقف بگوید: «هذا وقف» این هم یک مصداق وقف است. در صورتی که اجماع بر بطلان این وقف وجود دارد پس نمی توان به شمولش عمل کرد. و تمسک به این روایت دشوار است.

پس وجه تمسک روشن شد. آنهایی که می گویند ما با این روایت می خواهیم تصحیح کنیم وقف علی من ینقرض را، روشن شد که به کجا می خواهند تمسک کنند.

منتهی این روایت به این سهولت نیست. هم از جهت اینکه ما ارتباط وقوف بحسب ما یوقفها اهلها انشاءالله را با متن قبل نمی دانیم، بخاطر همان نکاتی که عرض کردیم.

استدلال معکوس به این مکاتبه بر بطلان وقف علی من ینقرض

از آن گذشته برخی استدلال را معکوس و وارونه می کنند و عکس نتیجه می گیرند، گفته اند ما در این روایت یک کبری اول داریم که سائل که محمد بن حسن صفار است این را در مکاتبه اش سؤال کرده که یک همچنین کبرایی وجود دارد که وقف غیر موقت باطل است، وقف موقت صحیح است.

آنوقت این مستدل که می خواهد با همین روایت بطلان وقف علی من ینقرض را ثابت می کند، می گوید این وقت یعنی أجل. وقف موقت یعنی وقفی که در آن أجل مذکور باشد. آن أجل مذکور یا وقت معین است، مثلاً یکسال، دو سال، سه سال، یا ابد است و یا مضامینی که مساوق با ابد است. ابد هم گویی یک وقت است. پس اگر وقفی داشته باشیم که الی سنة باشد، که الی أجل است، یا ابد باشد، یا الی أن یرث الله السموات و الارض باشد که مفهومش ابدیت است، اینها درست هستند.

اما اگر ذکر اجل نشده باشد، این روایت کبرایش می گوید باطل است. إذا کان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثة. غیر موقت یعنی چه؟ یعنی غیر مذکور الاجل است.

حالا این مستدلی که استدلال را عکس می کند، می گوید در باب وقف علی من ینقرض که ما ذکر اجل نداریم، نگفته اند وقف تا کی است، پس باید باطل باشد. یعنی چون می دانیم ابدی نیست و ذکر اجل هم نشده است، از قبیل جهل مجهول می شود که در روایت قبل بود. غیر موقت است. چون استدلال این است که وقت یعنی أجل. أجل این است که بگوید سنة، ستین، مائة سنة، یا بگوید ابد که ابد را هم می شود یک جوری با توسعه بگوئیم أجل است، الی أن یرث الله السموات و الارض این ابد است، این هم عیب ندارد، اما در وقف علی من ینقرض که اینطور نیست. می گوید تا زمان انقراض. خب زمان انقراض کی است؟ هیچ أجلی مذکور نیست. پس اصلاً باطل است.

این گروه می خواهند بگویند که ما استدلال به این روایت را باید برعکس کنیم، بجای اینکه بگوئیم دلیل بر صحت باشد دلیل بر بطلان است. از باب اینکه در قسمت اول آن کبری واقع می شود که در صدر روایت محمد بن صفار مذکور است. در غیر موقت داخل است نه در موقت.

این استدلال برخی است که گفته اند این روایت دال بر فساد است.

مقدمه استدلال بر بطلان: عدم حجیت تفسیرهای قوم توسط امام

البته این استدلال مبتنی بر مقدمه ای است که قبلاً عرض کردم، کسی که استدلال بر فساد می کند می گوید ما نمی توانیم به تفسیرهای قوم مراجعه کنیم. امام تفسیرهای قوم را که حجت نکردند. اینها که قال قوم یا قال آخرون اینها تفسیرهای

قوم است. امام کجا تصحیح کرده اند که این تفسیرها درست است؟! امام فرموده اند وقفهایی که واقفین می کنند درست است.

پس امام علیه السلام این تفسیرها را که ظاهرا از خود آحاد مردم و اجتهاد آنها است تصحیح نفرموده اند. بنابر این وقفها را تصحیح کرده اند. و فرض هم این است که وقف علی من ینقرض، وقف موقت نیست، و لذا باید بگوئیم باطل است.

اشکال مستدلین به این روایت به مستشکلین: استدال به ذیل روایت است

اینجا یک اشکالی شده است یعنی کسانی که به این روایت برای صحت تمسک می کنند به این بیان دوم بر فساد جواب داده اند، می گویند: ما نمی خواهیم به تفسیرهای قوم تمسک کنیم، بلکه می خواهیم به این عبارت ذیل که الوقوف بحسب ما یوقفها انشاءالله تمسک کنیم. عموم و اطلاق آن تمام این وقفهای خاص را می گیرد من جمله وقف علی من ینقرض را. این هم یک جور وقف است، بحسب ما یوقفها اهلها است، خب اینجوری وقف کرده اند، پس این درست است. می گویند به عموم این مراجعه می کنیم.

وقف علی من ینقرض مورد روایت است

اگر کسی بگوید ذیل عموم و اطلاق ندارد، مثل ما که قبلا می گفتیم که اصلا روایت در مقام بیان این جهات نیست، جواب مجیب این است که نمی شود عموم و عبارت ذیل شامل مورد نباشد. وقف علی من ینقرض تفسیر مذکور در سؤال است و مورد روایت است، سؤال سائل از چند مورد است که یکی از آنها وقف علی من ینقرض است. ذکر آنه لفلان وعقبه ما بقوا و لم یذکر فی آخره للفقراء و المساکین. و مورد روایت که سؤال سائل از آن است را نمی توانیم از عموم عام خارج بدانیم، روایت باید حداقل موردش را که شامل شود، والا واضح است که دیگر جواب ربطی به سؤال پیدا نمی کند و این از امام بعید است. بنابراین ما باید ذیل را جوری معنا کنیم که مورد خودش را بگیرد.

این جوابی است برای تصحیح استناد به این روایت برای صحت وقف علی من ینقرض وجواب به کسانی که خواسته اند این روایت را دال بر بطلان بگیرند.

ایراد شیخ به مورد روایت بودن وقف علی من ینقرض

مرحوم شیخ به این بیان هم جواب می دهد. می گوید اولاً اگر ما باشیم واین ذیل و بخواهیم از باب شمولش للمورد بگوئیم عموم دارد، خب هذا وقف را هم شامل می شود. راوی گفت اگر وقف شود بر فلان و عقبه و لم يذكر فی آخره أنه للمساكين، این وقف موقت می شود و در مقابل اگر واقف بگوید هذا وقف، این وقف غیر موقت است. ایشان می فرماید امام در ذیل فرموده الوقوف، یکی از آنها همین هذا وقف است. شما چطور این هذا وقف را که مورد روایت است از عموم خارج می کنید؟ قاعدتاً به اجماع، چون باطل است قطعاً. باید یک جوری توجیه کنید که چطور این عموم مورد خودش را شامل نمی شود. این هم موردش بوده چون مذکور در سؤال سائل است. امام باید راجع به این نظر می داد. به اطلاق و عموم نظر داده است. در حالی که ما مطمئنیم به اجماع این باطل است. هذا وقف بدون اینکه متعلقش را ذکر کند واضح است مجهول است و باطل است. یعنی خارج می شود از روایت، در حالی که مورد است. مرحوم شیخ می فرماید خب چطور این عموم شاملش نمی شود در عین حال که مورد است، هر توجیهی که برای کیفیت خروج هذا وقف می کنید، برای این فقره دومش هم که صدر است که ذکر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فی آخره أنه للفقراء و المساكين، برای این هم همین توجیه را انجام می دهیم. اینکه مجیب آمد گفت این مورد روایت و سؤال است نمی شود از عموم خارج باشد. می گوئیم هذا وقف هم مورد سؤال بوده نمی شود از وقف بیرون باشد، پس چطوری الوقوف بحسب ما یوقفها اهلها انشاءالله شاملش می شود و باید خارجش کنیم به اجماع و غیره، یعنی چطور می گوئیم مورد خودش را شامل نمی شود، اینجا هم همینطور است.

این فرمایش ایشان است.

اشکال به ایراد مرحوم شیخ

این فرمایش مرحوم شیخ ره را شاید بتوان اینگونه پاسخ داد که لعل امام علیه السلام این بیان و تفسیر دوم را گوئی قبول کرده اند. یعنی پذیرفته اند که اگر وقف کند برای فلان و عقبه و لم یذكر بعده وقف موقت و صحیح است و اگر بگویند هذا وقف این غیر موقت و باطل است پس بگوئیم این مورد باطل دیگر واضح است که خارج از الوقوف بحسب ما یوقفها اهلها انشاء الله است. البته این بعد از استظهار پذیرش تفسیر توسط امام علیه است.

جواب از اشکال به ایراد مرحوم شیخ

منتهی اشکالی که ممکن است به این حرف اخیر بشود این است که دو تفسیر هست، امام کدام تفسیر را پذیرفته اند؟ دو تفسیر در روایت نقل شده است. تفسیر اول موقت را آنجائی می داند که بعدش فقراء والمساکین بیاید، که معنایش بالالتزام و تقابل این است که اگر فقراء و مساکین نیاید غیر موقت است قاعدتا باید بگویند باطل است. تفسیر دوم همین را صحیح می داند می گویند موقت است، هذا وقف را می گویند غیر موقت است.

پس دو تفسیر ذکر شده است. اگر امام علیه السلام می خواست تصحیح کند تفسیر را، قاعدتا باید یکی را ذکر می کردند، چون دو تفسیر ظاهرا با هم ناسازگار هستند و جمع نمی شوند.

نتیجه این می شود که اگر این را بگوئیم شاید تقویت فرمایش شیخ بشود که این روایت که ذیلش می گویند وقوف بحسب ما یوقفها اهلها انشاء الله کاری اصلا به تفاسیر ندارد. یعنی این دو تفسیر، تفسیری است که قوم کرده اند، و امام ملتزم نبوده است که تفسیرهای قوم را تصحیح کند. امام می گویند شما سؤال از وقف کردید که چه وقفی درست است. من می گویم وقف همانجور که واقف وقف کند درست است. یعنی هر جور که وقف کرد. آنوقت اشکالش این است که هذا وقف هم داخل می شود در حالی که این مسلم بالاجماع باطل است، آنوقت باید بگوئیم این از موردش خارج است.

خب در واقع تخصیص است. تخصیص در جاهای دیگر اشکال ندارد ولی در اینجا می گویند تخصیص مورد می شود، نمی شود مورد روایت را خارج کنیم. هر توجیهی که برای این می آوریم شیخ می فرماید برای بالائی یعنی وقف علی من ینقرض هم می شود آورد، لذا آن هم می شود خارج باشد.

پس این بیان جواب این مسئله می شود، ولذا به نظر می آید که ما به این روایت هم نمی توانیم تمسک کنیم برای تصحیح وقف علی من ینقرض. این روایت از این جهت هم مشکل است.

روایت سوم (روایت جعفر بن حنان)

روایت سومی که تمسک کرده اند روایت هشتم باب ۶ وقوف و صدقات است که همان روایت جعفر بن حنان است^۱. این روایت به طرق متعدد ذکر شده است، در کافی ذکر شده، و با إسناد صدوق به حسن بن محبوب و با إسناد شیخ باز به حسن به محبوب نقل شده است.

بررسی سند روایت سوم

نقل کافی این است: محمد بن یعقوب عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زیاد و احمد بن محمد و عن علی بن ابراهیم عن ابیه جمیعاً عن الحسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن جعفر بن حنان قال سألت ابا عبد الله علیه السلام.

این روایت در کافی در واقع چند تا طریق است، ولی همه منتهی می شود به حسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن جعفر بن حنان.

حسن بن محبوب و علی بن رثاب که روشن است و مشکلی ندارند. ولی جعفر بن حنان توثیق نشده و ظاهراً مجهول است. و عدة من اصحابنا هم در آن بحث است ولی به نظر من روشن است که محمد بن یعقوب وقتی از عدة من اصحابنا

^۱ - وسائل الشیعة جلد ۱۹ صفحه ۱۹۰ (طبع آل البیت)

نقل می کند یک چیزهایی است که به بیان امروزی به لحاظ کارشناسی برایش روشن بوده است، والا شأن محمد بن یعقوب این نیست که بگوید عدة من اصحابنا از مجاهیل اصحاب مثلاً. این واضح است که این نیست. پس عدة من اصحابنا که عدة ای هم در آن تشکیک می کنند شاید این تشکیک درست نباشد. این روشن است. اما جعفر بن حنان ذکر نشده است.

پذیرش اسناد کافی، تهذیب و فقیه بنابر مختار

اما ما مسلکی داریم و قبلاً مکرر عرض کردیم روایات کافی و تهذیب و من لایحضر علی الاصول نزد ما معتبر است، الا ما خرج بالدلیل با قرائنی که وثوق به صدور را تضعیف کند به حدی که از بناء عقلاء و از شمول آیات و روایاتی که ما با آنها عمل به خبر واحد را تصحیح می کنیم خارج شود.

چون به نظر ما در عمل به خبر واحد آن چیزی که هست وثوق به صدور است، البته وثوق عقلانی، و این وثوق با این مقدار شهادتی که مرحوم کلینی در مقدمه کافی داده است حاصل می شود زیرا نمی توانیم بگوئیم اجتهاد خودش هست. اینها بحثهای مبنائی است و مفصل بحث کردیم لذا تکرار نمی کنیم.

اگر کسی اینها را نپذیرد چون همه این طرق منتهی می شود به همین جعفر بن حنان، خب روایت ضعیف می شود. لذا دیگر نیازی به بحث مهمی که در متن آن می خواهیم انجام دهیم نیست. مرحوم شیخ و برخی دیگر هم این بحث را انجام داده اند و بحثهای جالبی هم هست. چون روایت روایتی است که نه فقط مربوط به بحث ما است، بلکه اصل روایت مربوط به بیع وقف است، و اتفاقاً عنوان باب ۶ هم راجع به بیع وقف است. عنوان باب ۶ این است: «باب عدم جواز بیع الوقف و حکم ما لو وقع بین الموقوف علیهم اختلاف شدید یؤدی الی ضرر عظیم». این راجع به بیع وقف است، منتهی این روایت از جهات مختلف خصائصی دارد که می شود از آن برای بحث ما نیز استفاده نمود.

پس بنابر مبنای ما که روایت معتبر است و دلیلی بر ردش نداریم، بنابراینکه ما اصلمان بر تصحیح این روایات است. اگر کسی اشکال کرد دیگر نیاز به بحث محتوایی ندارد.

مضمون روایت سوم

اما راجع به مضمون روایت، اول روایت را می خوانم تا فقرات مختلفش روشن شود، چون در فقرات این روایت بحث های محتوایی مهمی وجود دارد.

عن جعفر بن حنّان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه و قرابته من امّه و اوصى لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابة، بثلاثمائة درهم في كلّ سنة، و يقسّم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من امّه؟ فقال: جائز للذي اوصى له بذلك.

قلت: أ رأيت ان لم يخرج من غلّة الأرض التي وقفها إلّا خمسمائة درهم؟ فقال:

أ ليس في وصيّته ان يعطي الذي اوصى له من الغلّة (من تلك الغلّة يه) ثلاثمائة درهم، و يقسّم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته لامّه؟ قلت: نعم، قال: ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلّة شيئا حتّى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك.

قلت: أ رأيت ان مات الذي اوصى له؟ قال: ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم، فأمّا إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميّت يرد ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسّم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا، و بقيت الغلّة.

قلت: فللورثة من قرابة الميّت ان يبيعوا الأرض ان احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: نعم إذا رضوا كلّهم، و كان البيع خيرا لهم باعوا.

صورت مسئله این است که جعفر بن حنان از امام صادق علیه السلام سؤال کرد که شخصی وقف می کند غله ای را (یعنی محسوب غلاتش را) بر بستگان پدری و مادری اش، منتهی کنار وقف دارد که اوصی لرجل و لعقبه، برای شخص دیگری و اولاد آن شخص که بین این آقای واقف و او قرابتی نیست (که داخل شود در آن قرابت آب و أم) برای آنها هم سیصد درهم در هر سال قرار داده است. تعبیر دارد که اوصی، که حالا این را هم باید بحث کنیم. بعد این واقف می گوید سیصد درهم از این غلاتی که حاصل می شود را بدهید به آن شخص و عقبه که بعد از او است، و الباقي يقسّم على قرابته من أبيه و قرابته من أمّه. بعد در این طبعی که ما داریم یک علامت سؤالی هم اینجا گذاشته اند، بعد دارد فقال جائز للذي

أوصی له بذلک یا أوصی له بذلک. گفته اند این جائز است یعنی ماضی است. این وقف ماضی است للذی أوصی له بذلک برای شخصی که وصیت شده برای او، یا للذی أوصی له بذلک، این وقف ماضی است برای شخصی که وصیت کرده برای آن شخص به همچنین چیزی. یعنی وقف او جائز است. جائز للذی أوصی یعنی وقف او صحیح است. یا بگوئیم جائز للذی أوصی له بذلک که وصیت برای او شده است.

مراد از «أوصی لرجل» در روایت

من البته مراجعه نکرده ام به کتبی که این روایات را ممکن است معنا کرده باشد، أوصی لعل یعنی خودش وقف، همین الان وقف، نه اینکه وصیت اصطلاحی باشد که وصیت کرده که بعدا بدهید، وصیت تملیکیه باشد یا وصیت عهدیه باشد که بدهید. بلکه وقف است، وقف کرده است این زمین را که غله اش برود برای قرابت پدری و قرابت مادری، و در این وقف اینگونه است که سیصد درهم حاصل هم برای شخص غریبه و بعد هم برای اولادش. اصلا وقف است. یا نه، أوصی لرجل وصیت باشد. وقف کرده برای قرابت و وصیت هم کرده است که بعد از او این چنین عمل بشود. حالا وصیتش تملیکی است یا عهدیه است کاری نداریم.

ولی این یک بُعدی دارد. ظاهرش این است که از همین زمان که وقف کرده است ظاهرا به آن شخص غریبه هم می داده اند. اگر وصیت باشد که بعد از موتش می شود. در حالی که ظاهرش این است که از همین حالا که این وقف برای قرابت ابی و قرابت امی هست برای آنها هم هست. حالا این جهت خیلی تأثیر در بحث ما نداشت.

بررسی سوالی بودن این فقره از روایت

این علامت سؤال شاید از لحاظ ویراستاری درست نباشد، نمی دانم درست است یا نه. چون خود متن این است که سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل که اینطور، ما وقتی که در متن می گوئیم از فلانی سؤال کردم این مسئله را، معلوم

نیست که باز باید جلو آن علامت سؤال بگذاریم. علامت سؤال وقتی است که خود سؤال بالحمل الشایع باشد. وقتی ما خودمان در متن می گوئیم سؤال کردم ظاهرا نیازی به علامت سؤال نباشد، چون ممکن است ما را در فهم به اشتباه بیندازد. مثلا کسی ممکن است از علامت سؤال اینطور بفهمد که سؤال از این است که و یقسم الباقي علی قرابته من ابيه و قرابته من أمه؟ ولی این نیست. سؤال از یک وضعیت کلی است که در این وضعیت شخص غله ای را برای قرابت پدری و مادری وقف می کند، بعد هم یک وصیت یا وقفی می کند برای یک غریبه ای و عقب آن غریبه که نسل بعد از اوست به سیصد درهم، حالا نگفته سؤالش چیست ولی در واقع سؤال این است که این وقف درست است اینطوری یا نه. امام فرموده اند بله (البته بله را من عرض می کنم در روایت نعم ندارد) فقال جائز للذی أوصی له بذلك. این ممضاة است.

فقره دوم روایت

دوباره سائل سؤال می کند: قلت أرأيت إن لم يخرج من غلة الارض التي وقفها الا خمسمائة درهم. سائل می گوید یک مواردی ممکن است پیش بیاید که اگر بنا باشد سیصد درهم را به آن اجنبی بدهیم چیزی برای قرابت أب و أم نمی ماند، از امام سؤال می کند که چه می بینید شما إن لم يخرج من غلة الارض التي وقفها الا خمسمائة درهم، اینجا چه کنیم؟ امام می فرماید: مگر در وصیت نیامده بود که سیصد درهم بدهیم به آن آقا و عقبش؟ می گوید چرا. می گوید خب شما باید اول سیصد درهم را به او بدهید الباقي هر چه ماند را تقسیم کنید. فقال (ظاهرا امام فرموده اند که) أليس في وصيته أن يعطى الذی أوصی له من الغلة ثلاثمائة درهم و یقسم الباقي علی قرابته من ابيه و قرابته من أمه (اینطور نبود)؟ قلت نعم. قال (امام علیه السلام فرمود): ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفوا الموصی له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك. پس قرابت أبی و أمی حق ندارند چیزی از غله بردارند مگر اینکه اول سیصد درهم موصی له را به او ایفاء کنند الباقي مال آنهاست.

فقره سوم روایت

مجدد سائل سؤال می کند: قلت أ رأیت إن مات الذی اوصی له؟ اگر این موصی له از دنیا رفت چه کنند؟ امام علیه السلام فرمود: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم. امام علیه السلام می گوید اگر موصی له از دنیا رفت، سیصد درهم مال ورثه آقای موصی له است. این ضمائر را دقت کنید، إن مات یعنی مات موصی له، كانت الثلاثمائة درهم لورثته مال این ورثه موصی له است، يتوارثونها بينهم، بین خودشان میراث می شود. خب چرا؟ اگر دقت کنید بالا نگفته بود که فقط أوصی لرجل. اگر اینطور بود علی القاعده نباید میراث اینها می شد، بلکه باید ضمیر را بر میگرداند به جای دیگری که میراث واقف بشود. ولی سائل گفته أوصی لرجل و لعقبه که لیس بینه و بینه قرابة، برای رجل و عقب رجل وصیت کرد. پس اگر این آقا از دنیا رفت باید به عقب و ورثه اش بدهند. امام هم همینطور علی القاعده فرموده اند، فرموده: قال إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم.

محل استشهاد در روایت

بعد امام اضافه کرده اند که: فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد، یعنی ورثه موصی له تمام شدند و منقرض شدند و هیچ کس از آنها نماند، كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يُردّ ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة.

اینجا دوستان خیلی باید دقت کنند، چون یک محل استشهاد مهم اینجا است.

شاید مراد از قرابت میت، ورثه واقف باشند

ببینید اینجوری که ما می خوانیم یکجور است، ممکن است خوانش دیگری وجود داشته باشد. امام فرمودند اما اگر موصی له و ورثه اش تمام شدند و دیگر کسی نیست، فرموده اند: فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت. الان یک استظهار این است که قرابت میت یعنی قرابت آقای واقف. کدام قرابت؟ یعنی ورثه واقف. خوب دقت کنید چون بحث دیگری هم داریم. این قرابت مثل موارد دیگر که در بحث ارث شما می فرمایید این میراث و

ما ترک مال قرابت میت است یعنی برای ورثه او است حسب طبقاتی که در شرع اسلام آمده است. اینجا هم استظهار اولی که عده ای می کنند همین است، یعنی اگر از موصی له خودش و عقبش کسی نماند، کانت الثلاث مأه درهم لقرابة الميت، برای قرابت میت است یعنی برای ورثه واقف است.

مراد از ما یخرج من الوقف

فرموده: يُردّ ما یخرج من الوقف. ما یخرج علی الظاهر مقصود یعنی ما اوصی بخروجه عن الوقف. چون گفت ثلاثمائة از وقف خارج می شود و داده می شود به آن موصی له، حالا می گوید یرد آن ثلاثمائة به ورثه واقف، ثم یقسّم بینهم یعنی بین ورثه واقف، یتوارثون ذلک ما بقوا و بقیت الغلة.

فقره آخر روایت مربوط به بیع وقف است

جمله آخر را هم بخوانیم: قلت (دوباره سائل سؤال می کند): فللورثة من قرابة الميت (یعنی هیمنهایی که گفتیم یعنی ورثه واقف) أن یبیعوا الارض إن احتاجوا و لم یکفهم ما یخرج من الغلة؟ می گوید ورثه واقف می توانند این زمین وقفی را بفروشند اگر نیاز به آن داشتند و غله اش کفایت آنها را نمی دهد؟ قال نعم إذا رضوا کلهم و کان البیع خیرا لهم باعوا. اگر اینها همه شان راضی شدند و بیع برای آنها بهتر بود می توانند بفروشند.

که این ذیل مربوط به بیع وقف است، ممکن است کسی هم اشکال کند که خلاف اجماع است و اصلا بیع نمی توانند بکنند. در حالی که بحث است، این حرمت و عدم جواز بیع وقف مستثنیات متعدد دارد، یکی از آنها همین باشد که مواردی که احتیاج پیدا کردند. که فعلا ربطی به بحث ما ندارد.

محل استشهاد عمدتا همین است که أما إذا انقطع ورثه فلم یبق منهم أحد کانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت یرد ما یخرج من الوقف.

انشاءالله جلسه بعد وجه استشهاد به این فقره را توضیح می دهیم و اشکالاتی که ممکن است بر آن وارد باشد.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- محکومیت توهین مقامات فرانسوی نسبت به ساحت مقدس پیامبر اکرم ص ۱۵۷
- خلاصه مباحث گذشته ۱۶۰
- نقل مضمون روایت ۱۶۰
- محل استدلال ۱۶۱
- اشکال محقق کرکی به کیفیت استدلال به این روایت (أوصی له با حبس هم می سازد) ۱۶۱
- جواب شیخ ره به اشکال: جواز بیع در ذیل دال بر وقفیت است ۱۶۲
- دفاع محقق رشتی از محقق کرکی: بحث در موصی له است نه اقرباء ۱۶۲
- جواز فروش با حبس هم می سازد ۱۶۳
- محقق رشتی ره: با یک عبارت می توان وقف و حبس را محقق کرد ۱۶۵
- مراد از قرابت میت ظاهراً ورثه واقفند نه موقوف علیهم ۱۶۵
- دشواری تصویر اشتغال انشاء واحد بر دو قصد ۱۶۶
- در مقام صیغه واحد نیست بلکه دو عبارت است ۱۶۷
- عدم جود دافع از اشکال جامع المقاصد به عبارت محل استدلال ۱۶۸
- اشکال شیخ ره به استدلال به روایت: مراد از اقرباء، موقوف علیهم است ۱۶۸
- ناانجامی استدلال بر اساس این احتمال ۱۶۹
- عبارت مقرر مرحوم شیخ ۱۷۰

محکومیت توهین مقامات فرانسوی نسبت به ساحت مقدس پیامبر اکرم ص

پیش از ورود در بحث به مناسبت مطالبی که در چند روز اخیر در برخی از نشریات فرانسوی مطرح شده و حمایت‌هایی که رئیس جمهور فرانسه آقای مکرون نسبت به این مطالب به عمل آورده چند نکته را عرض می‌کنم.

گرچه ساحت نورانی پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم که نورش همه آسمانها و زمین را فرا گرفته آنقدر پیراسته و نورانی هست که این مطالب سخیف و هتاکانه گردی به آن عظمت روحی نرساند ولیکن ما مسلمانان باید به وظیفه خاص خود در قبال این هتاک‌ها عمل کنیم. این روشن است که کسی که تجلی اعظم حق متعال است ساحتش بسیار فراتر و بالاتر از این مطالب است که بخواهد اینها کمترین تأثیری در آن مقام داشته باشد. منتهی ما مسلمانها وظیفه دیگری داریم. ما ضمن محکوم کردن این هتاک‌های بی منطق و غیر معقول و سخیف و غیر اخلاقی نشریات فرنسوی و همچنین حمایت‌های بی معنا و غیرقابل توجیه آقای مکرون از این هتاک‌ها که هیچ منطقی ندارد و هیچ توجیه اخلاقی و عقلانی ندارد، از همه مسلمانان می‌خواهیم که در مسیر مقابله با این اسلام ستیزی با هم همراه شوند. مسأله اسلام ستیزی اختصاصی به امروز و دیروز مغرب زمین ندارد و دهه‌های متمادی است و بلکه قرن‌هاست که دنیای غرب به انحاء مختلف علیه اسلام اقدام می‌کند و این رفتارهای خصمانه اختصاصی به زمان خاص ندارد، منتهی بعد از انقلاب اسلامی وقتی ظرفیت عظیم دین اسلام را ملاحظه کردند و ظرفیت‌های عظیم توده‌های مسلمان را مشاهده کردند، کشورهای غربی گویی زنگ خطر خاصی شنیده‌اند.

امروز مردم مسلمان در دنیا قریب به دو میلیارد نفر هستند. اگر جمهوری اسلامی که تعداد محدودی از مسلمانها را در خودش جای داده در طول چهل سال انقلاب اسلامی با اقتدار مقابل آمریکا یعنی شیطان بزرگ ایستاده و همینطور در مقابل کشورهای حامی او در اروپا و اذنا ب منطقه‌ای‌اش ایستاده، وقتی یک کشوری با منابع محدود توانسته این مقدار در مقابل آنها ایستادگی کند، اگر دو میلیارد مسلمان با هم همراه شوند چه بلایی بر سر آنها خواهند آورد. حداقل این است که تمام ظرفیت‌های ممکن خودشان را از دسترس آنها خارج خواهند کرد و این مطلب مهمی است.

پژوهشگران و محققان غربی بسیار این مسأله را رصد می‌کنند. یکی از این پژوهشگران در یکی از موسسات که مربوط به بحث‌های دینی است رصد کرده بود که رشد اسلام هم به لحاظ جمعیتی و هم به لحاظ میزان انتشار به مراتب از جهان مسیحیت فراتر رفته است و با اینکه در سال‌های قبل و حتی الان جمعیت مسلمانها به مراتب کمتر از مسیحیت هست ولی ادعا کرده است که اگر همین رشد جهان اسلام ادامه پیدا کند، در ۲۰۷۰ به مراتب مسلمانها هم جمعیتشان و هم سرعت انتشارشان بیش از جهان مسیحیت خواهد شد.

آنها حسابگر هستند و با خودشان فکر می‌کنند که اگر این ظرفیت عظیمی که در جهان اسلام وجود دارد و خصوصاً در دین اسلام در مبارزه با طواغیت و در مبارزه با ظلم و در جهاد فی سبیل الله به فعلیت برسد، چه تأثیر شگرفی بر دیگر حکومت‌ها خواهد داشت؟! مسلماً خائف می‌شوند و بحثشان هم فقط این نیست که یک کاریکاتور موهن علیه پیامبر اسلام

در نشریه درج کنند. اینها با تمام وجودشان و تمام سلاح‌هایی که در زرادخانه شان دارند بر علیه اسلام اقدام می‌کنند. این تحقیقات به ظاهر فلسفی در باب فلسفه سیاسی که سکولاریزم را ترویج می‌کند، فکر می‌کنید که اینها همه بحث‌های علمی هستند؟! اینها برای زدن مبادی و مبانی فکر دینی است. کسانی که در کشورهای اسلامی با پول غربی‌ها کرسی‌های دموکراسی در دانشگاه راه انداخته اند، گمان می‌کنید که اینها برای ترویج علم است!

واضح است که اینها برای نشر فکری است که ریشه‌های فکر دین اسلام را بزند. دفاعشان از سکولاریزم و ترویج آنها و بزرگ کردن روشن فکران سکولار در جهان اسلام و امثال اینها نوعی از این کارهاست.

تأثیری که در سلاطین و حکام کشورهای عربی می‌گذارند و این فاصله ای که بین مسلمانان ایجاد می‌کنند و این خلأیی که موجب شدند در جهان اسلام پیدا شود به لحاظ تفکیک مرزها و بنابراین قدرت‌ها را در مقابل هم قرار دادند، اینها همه کارهای شیطنت آمیزی است که انجام می‌دهند. بنابراین این مطالب هتک آمیز در یک نشریه درواقع در چارچوب مجموعه ای از اقداماتی است که انجام می‌دهند. ولی ما مطمئنیم که حق متعال نور خودش و نور تجلی اعظم خودش را همینطور بیش از پیش انتشار خواهد داد و نور حق، مخفی نمی‌ماند. این از سفاهت و حماقت آنهاست که گمان می‌کنند با این کارهای خلاف اخلاق و هتاک‌ها می‌توانند حرمت نور بزرگ خداوند را مخدوش کنند و از آن سخیف‌تر حمایت سردمداران و حکام آنهاست. امثال آقای مکرون باید بفهمند که با این کارهای حماقت آمیز و غیر منطقی و رفتارهای غیر اخلاقی نمی‌توانند جلوی پیشرفت اسلام را بگیرند. با کدام منطق توجیه می‌شود که به پیامبر مورد عنایت و عشق میلیاردها مسلمان اینگونه عواطف شان را تحریک کند و به او توهین کنند، پیامبری که حتی مورد توجه و احترام غیر مسلمان‌هاست. لذا این مطلب برای همه روشن است.

جا دارد همه مسلمان‌ها در محکوم کردن این اعمال سخیف و هتاکانه متحد شوند و در مقام عمل اقداماتی بکنند که هتاکان را سر جای خودشان بنشانند. آقای مکرون و اذنباش که دست به چنین اقدامات زشتی می‌زنند، مسلم بدانند که عکس العمل جهان اسلام ساده نیست.

اینکه عده‌ای از مسلمان‌ها در برخی از کشورها به صورت خودجوش کالاهای فرانسوی را تحریم کردند بسیار کار خوبی بود و امیدواریم که بقیه هم همین مسیر را تعقیب کنند و البته این تازه ضربه کوچکی است در مقابل آن چیزی که آنها باید دریافت کنند از رفتارهای ناصحیح و غیر عقلانی‌شان. ما مطمئن هستیم که آنها نهایتاً از این کارهای نابخردانه شان پشیمان خواهند شد.

خلاصه مباحث گذشته

بحث در روایاتی بود که به آنها برای تصحیح وقف منقطع الآخر و وقف علی من ینقرض غالباً تمسک شده است. رسیدیم به روایت جعفر بن حنان که روایت هشتم از باب ششم از ابواب عطایا و صدقات است. راجع به سند روایت اجمالاً بحث شد. متن روایت را هم جلسه قبل خواندیم. اما کیفیت دلالت این روایت چگونه است؟

نقل مضمون روایت

اجمال روایت این بود که شخصی غله ای را وقف می کند برای اقرباء پدری و مادری اش، و برای فردی اجنبی که قرابتی با او ندارد و عقب او نیز ثلاثمائة درهم از درآمد این غله را وصیت می کند. و امام فرمود این نافذ است و کیفیت نفوذش هم به این صورت است که که اول ثلاثمائة درهم از این غله به من اوصی له پرداخت می شود، الباقی هر چه ماند بین قرابت آب و قرابت ام تقسیم می شود. در ذیل سائل سؤال می کند که اگر کسی که موصی له هست از دنیا برود تکلیف چه می شود؟ امام فرمود مگر وصیت نکرده بود سیصد درهم را برای این شخص و عقبه. پس اول باید به این ورثه موصی له برسد، و الباقی را به قرابت آب و ام می دهند. متن روایت این بود که: «قلت أ رأیت إن مات الذی اوصی له؟ قال إن مات کانت الثلاثمائة درهم لورثته یتوارثونها بینهم». امام فرمودند که اگر این موصی له فوت کرد، ثلاثمائة درهم برای ورثه این موصی له است و بین خودشان توارث می کنند.

بعد امام فرمود «فأما إذا انقطع ورثته فلم یبق منهم احد کانت الثلاثمائة درهم لقرابة المیت یرد ما یخرج من الوقف ثم یقسّم بینهم یتوارثون ذلک ما بقوا و بقیة الغلة.» (بعد هم یک سؤال دیگری است که بعداً اگر لازم باشد اشاره کنیم).

پس امام علیه السلام می فرماید فرض دیگر این است که: ورثه این موصی له هم از بین بروند و هیچ کس از آنها باقی نماند. اینجا امام فرمودند که این ثلاثمائة درهم برمی گردد به قرابت میت، که ظهور اولی اش این است که برمی گردد به قرابت آن آقای واقف یعنی ورثه واقف.

و یردّ ما ینخرج من الوقف، آن چیزی که از وقف خارج می شد که ثلاثمائة درهم است، این یردّ به همینها و تقسیم می شود بین آنها، یتوارثون ذلک ما بقوا و بقیت الغلة. یعنی این سیصد درهمی که به موصی له داده می شد برمی گردد به ورثه واقف و بین خودشان تقسیم ارثی می شود.

محل استدلال

محل استدلال این جمله امام است که: فأما إذا انقطع ورثته فلم یبق منهم احد کانت الثلاثمائة درهم لقرابة المیت. در این تعبیر وقف نسبت به موصی له وقف منقطع الآخر است، چون فرض این است که انقطع ورثته و تمام شد. امام چه فرمودند؟ فرمودند این ثلاثمائة درهم برمی گردد به ورثه واقف و یقسّم بینهم یتوارثون. پس معلوم می شود وقف صحیح است، بما هو وقف هم صحیح است. چرا؟ چون برگشت رفت برای ورثه واقف. پس به نحو وقفیت هم صحیح است. و بنابر این محل استشهاد کاملاً منطبق است با وقف منقطع الآخر. و امام علیه السلام این وقف را صحیح دانستند و فرمودند به آن عمل کنید، اول ثلاثمائة درهم را به موصی له بدهید و بعد به ورثه اش بدهید، چون در بالا داشت که و اوصی این شخص لرجل و لعقبه لیس بینهم و بینة قرابة، برای آن شخص و عقبش که هیچ قرابتی با آنها نداشت ثلاثمائة درهم وصیت کرد، امام علیه السلام فرمودند آن را به خودشان بپردازید و بعد هم که از دنیا رفت به ورثه اش بدهید. بعد فرض کردند که کلاً اینها از بین رفتند و هیچ کس از آنها باقی نیست، امام فرمودند برگردد به واقف. پس معلوم می شود وقف صحیح است که به آن عمل شده، بعد هم که تمام شد بازگشت به واقف می کند.

اشکال محقق کرکی به کیفیت استدلال به این روایت (أوصی له با حبس هم می سازد)

از محقق ثانی اشکالی در کیفیت استدلال نقل شده است. ایشان فرموده اند: این روایت در صحت این وصیت بما هو وقف صریح نیست. بلکه ممکن است حبس باشد. یعنی اوصی له حبس کرده برای اینها این ثلاثمائة درهم را، نه اینکه وقف

باشد تا شما بگوئید وقف منقطع الآخر تصحیح شد. بله منقطع الآخر فرض شده اما نه اینکه وقف باشد بلکه حبس است. و گوئی این ملک را نسبت به اینها حبس کرده تا زمانی که هستند، و بعد هم برمی گردد به آن واقف یا حابس اصلی.

جواب شیخ ره به اشکال: جواز بیع در ذیل دال بر وقفیت است

مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه به این اشکال جامع المقاصد جواب می دهد و می گوید این اشکال درست نیست. ایشان می گوید به دلیل اینکه در ذیل روایت آمده است که این قرابت میت می فروشند این ارض را اگر نیاز داشتند، و امام تصحیح فرمودند.

«قلت فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الارض إن احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا.»

امام علیه السلام فرمودند بله اگر همه شان راضی هستند و بیع برای آنها بهتر است می توانند زمین را بفروشند. مرحوم شیخ می فرماید اگر حبس بود آنوقت چطور اینها می توانستند این را بفروشند در حالی که اینها مالکیتی نداشتند که بفروشند، ملکی نداشتند که بفروشند.

این فرمایش مرحوم شیخ است و لذا می خواهند بگویند با توجه به این ذیل، وقف مسلم است، آنوقت چطور شما می خواهید بگوئید که این حبس بوده است؟

دفاع محقق رشتی از محقق کرکی: بحث در موصی له است نه اقرباء

مرحوم محقق رشتی که در اینجا مقرر است، در مقابل مرحوم شیخ، می فرماید: آن چیزی که در ذیل است، ورثه من قرابة الميت است، که مقصود علی الظاهر ورثه واقف است. (فعلا می گویم علی الظاهر، چون یک احتمال دیگری هم هست). امام فرموده اند ورثه واقف در صورتی که نیاز پیدا کردند می توانند ارض را بفروشند. محقق رشتی می فرماید آنچه که صاحب جامع المقاصد فرموده نسبت به اینها نیست، بلکه نسبت به موصی له است. در واقع اینجا دو تا فعل صورت

گرفته است، یک وقفی شده برای قرابت اُبی و اُمی واقف، و یک وصیتی شده برای بیگانه که آن ثلاثمائة درهم است. ایشان می گوید جامع المقاصد راجع به آن سیصد درهم دارد می گوید که وقفش وقف منقطع الآخر است، راجع به بقیه چیزی نگفته تا شما بگوئید مورد روایت وقف است و شما چرا فرمودید که احتمال می دهیم که حبس باشد. مرحوم محقق رشتی می فرماید احتمال حبسی که جامع المقاصد مطرح کرده است راجع به موصی له است، نه نسبت به قرابت اُبی و اُمی است که در صدر روایت آمده و وقف آنها سر جای خودش هست.

این نکته ای است که ایشان فرموده به نظر می آید علی الظاهر درست نیز هست.

منتهی دو مطلب اینجا باقی می ماند:

جواز فروش با حبس هم می سازد

مطلب اول اینکه: مرحوم شیخ می فرماید از عبارت ذیل روایت فهمیده می شود که این وقف بوده نه حبس، چون گفته اینها می توانند بفروشند.

می گوئیم خب اگر حبس هم باشد بعد از اینکه زمان حبس تمام شد، ورثه واقف می توانند بفروشند. نفهمیدیم فرقی چیست که ایشان میگوید ذیل صریح است. چون در ذیل که اصلاً عنوان وقف نیامده است. بلکه گفته قرابت میت می توانند زمین را بفروشند که قبلاً بحثش شده بود، ایشان می گوید این صریح در این است که اینها وقف بوده است. می گوئیم چه صراحتی دارد، حبس هم باشد می توانند بفروشند.

بله در زمانی که هنوز موضوع حبس باقی است و محبوس له هنوز هستند و وقت حبس هم باقی است، واضح است که نمی توانند بفروشند، چون متعلق حق دیگری است. اما اگر فرض کنیم که این حبس زمانش تمام شده باشد، این ورثه واقف چرا نتوانند بفروشند، که شما می گوئید ذیل صریح است؟! حتی نسبت می دهد که ظاهراً محقق ثانی تا آخر روایت را ملاحظه نکرده بود و الا نمی گفت حبس است. می گوئیم چرا؟ علی الظاهر از این جهت فرقی بین وقف و حبس نیست. اگر واقف حبس هم کرده بود که به جای عنوان وقف واقعیتش حبس باشد، خب این حبس اگر تمام شود ولو به اینکه من اوصی له مثلاً تمام شده باشد و ورثه دیگری ندارد، در هر حال ورثه واقف می توانستند بفروشند.

بله مگر اینکه کسی بگوید مثلاً اگر قرار باشد {رقبه} حبس باشد کلش باید حبس باشد، اگر می‌خواهیم این روایت را حمل کنیم در ناحیه من اوصی له و عقبه به حبس، گوئی همه باید حبس باشد. آنوقت بگویند که حبس کرده اند برای قرابت أب و قرابت أم و من اوصی له، بعد بگویند این حبس هنوز باقی است. این حرف البته درست است، به موت موصی له و ورثه موصی له و انقطاع آنها، ظاهر است که قرابت أب و قرابت أم مفروض نیست که از بین رفته باشند، بلکه ممکن است هنوز باشند. خب وقف هم باشد همین است حبس هم باشد همین است. ورثه واقف تا زمانی که متعلق حق دیگری باشد که نمی‌توانند این وقف را بفروشند ولو إن احتاجوا.

بنابر این در صورتی که فرض ما این باشد که قرابت میت یعنی ورثه واقف، مادام که کسی برای استفاده باقی هست، ورثه واقف نمی‌توانند این وقف را بفروشند چه حبس باشد فی الواقع و چه وقف باشد.

پس ذیل روایت که فرموده فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الارض إن احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خیر لهم باعوا، این هیچ دلالت صریحی ندارد که این حتماً باید وقف باشد، بلکه حبس هم باشد همینطور است وقف هم باشد همینطور است، فرق نمی‌کند.

بله یک بیان دیگری هست که در کلام شیخ ره است که آن را عرض می‌کنیم، آنجا یک قدری فرق می‌کند که حالا خواهیم خواند.

پس نتیجه بحث این شد که استدلال به روایت جعفر بن حنان متوقف بر این است که اما إذا انقطع ورثه فلم یبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقربة الميت معنایش این باشد که این وقف بوده منقطع الآخر نسبت به موصی له، و امام هم تصریح کرده اند و گفته اند بعد هم ثلاثمائة درهم برگردد به ورثه واقف. اگر این باشد تصحیح وقف است.

آنوقت اشکالی که مطرح است اشکال جامع المقاصد است که چه کسی می‌گوید این وقف بوده یعنی وقف منقطع الآخر بوده تا شما بگوئید تصحیح شده؟ ممکن است حبس باشد.

شیخ جوابی داده اند که ذیل روایت مسلماً نشان می‌دهد وقف است پس نمی‌توانیم بگوئیم حبس است.

ولی این حرف شیخ علی الظاهر درست نیست و حبس نسبت به موصی له احتمال معقولی است. و اینکه بتوانند بفروشند نسبت به حبس و وقف علی الظاهر یکی است و فرقی نمی‌کند (مگر یک احتمال دیگری که عرض خواهیم کرد).

محقق رشتی ره: با یک عبارت می توان وقف و حبس را محقق کرد

اینجا فقط یک مشکلی ممکن است پیش بیاید که این را محقق رشتی متعرض شده به صورت دفع دخل مقدر. می گوید اگر کسی بگوید این صیغه واحد است، با این صیغه واحد برای قرابت آب و أم وقف باشد و برای موصی له حبس باشد این ممکن نیست و معنا ندارد.

محقق رشتی می فرماید چه اشکالی دارد؟ یک صیغه واحد نسبت به عین واحد منتهی نسبت به دو نفر دو کار انجام بدهد، نسبت به یکی وقف باشد و نسبت به یکی حبس باشد، می گوید مانعی ندارد.

حالا عبارت محقق رشتی را بخوانم:

«و أورد فی محکی جامع المقاصد بأنه غیر صریح فی کون مورد الروایة وقفا، فیحتمل کونه حبسا. و اورد علیه شیخنا دام ظله بأن ذیل الروایة صریح فی سلطنة الموقوف علیه علی البیع إذا کان خیرا، فکیف یحتمل کون مورد الروایة حبسا، و لعله قدس سره ما انتهى النظر الی آخر الروایة».

مراد از قرابت میت ظاهرا ورثه واقفند نه موقوف علیهم

قبل از اینکه به بیان محقق رشتی ره برسیم دوستان دقت کنند، ذیل روایت گفته فللورثة من قرابة الميت. قرابت میت ظاهرا همان ورثه واقف است، نه موقوف علیهم. بله اگر موقوف علیهم بود، مسلما باید این وقف باشد، روی مبنایی که ملک پیدا می کنند موقوف علیهم تا بتوانند بفروشند. والا مال محبس و حبس را که نمی شود فروخت. یعنی حابس می تواند بفروشند، محبس له که نمی تواند بفروشد. پس اینکه در سؤال گفت فللورثة من قرابة الميت أن یبیعوا الارض، قرابت میت اگر موقوف علیهم باشد، فرمایش شیخ درست است. این می شود کالصریح در اینکه مورد، وقف است. چون حبس را که نمی تواند محبس له بفروشد، حابس است که بعد از اینکه از تعلق حق حبس بیرون رفت می تواند بفروشد.

منتهی تا به حال که خود مرحوم شیخ هم قبول دارد این عبارت در فرمایش امام علیه السلام که فأما إذا انقطع ورثته فلم یبق منهم احد کانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت یرد ما یخرج من الوقف، آنهایی که استدلال کرده اند لااقل در وهله

اولی اینطور فهمیده اند که این قرابت میت یعنی ورثه واقف، نه قرابت بالاطلاق. خب اگر در قلت فللورثة من قرابة الميت أن یبیعوا الارض مقصود ورثه واقف باشد، آنوقت چه فرق می کند که اینجا وقف باشد یا حبس باشد؟ بلکه علی ای حال بعد از انقطاع موصی له و عقبش، این دیگر در ملک ورثه واقف است چه وقف باشد و چه حبس باشد برای موصی له. چون اینها از بین رفتند، برمی گردد به ورثه واقف، چه حبس باشد و چه وقف. می شود ملک ورثه واقف. خب آنها می توانند بفروشند.

بله باقی می ماند مسأله تعلق حق موقوف علیهم که حالا باید بحثش را کرد.

پس عرض ما این است که نسبت به این مورد وصیت، اگر ورثه من قرابة الميت را چیز دیگری بگیریم، مثل آن قرابتی که در اول کلام بحث می کنیم، خب شکل دیگری بحث می کنیم. اما اگر گفتیم قرابت یعنی ورثه میت، ظاهراً حبس و وقف فرقی نمی کند و لذا اینکه مرحوم شیخ می فرماید ذیل عبارت صریح در وقف است اول کلام است و درست نیست. می آییم سر بحث دیگری. عرض کردم که مرحوم محقق رشتی می گوید آن بیانی که ما گفتیم دچار اشکال نمی شود. بیان ایشان این بود که نسبت به موصی له حبس باشد و نسبت به بقیه وقف باشد. می گوید لاضیر در اینکه در یک صیغه واحده نسبت به عین واحد نسبت به دو نفر وقف باشد و حبس.

می گوید: «قلت: یحتمل أن یكون مراد المحقق الثانی أن الوصیة للاجنبی بثلاثمائة كان علی سبیل الحبس دون الوقف، لا أن مورد الروایة كان حبساً». می خواهند بگویند فرمایش محقق ثانی این نیست که مورد روایت حبس است، بلکه آن بخش خاص که به موصی له تعلق پیدا کرده آن حبس است.

بعد فرموده اند: «ولاضیر فی اشتغال صیغة واحدة علی وقف و حبس فی عین واحدة بالقیاس الی الاثنین». می گوید اشکالی ندارد که یک صیغه واحد مشتمل باشد بر حبس و وقف نسبت به عین واحد منتهی در مورد دو نفر، نسبت به یکی انشاء کرده وقف را و نسبت به او بشود وقف، و نسبت به دیگری بشود حبس اصطلاحی.

دشواری تصویر اشتغال انشاء واحد بر دو قصد

ایشان می فرماید لاضریر فیه. منتهی حق مطلب این است که تصویر این مسأله دشوار است. چون انشاء یک کاری است که ما انجام می دهیم، و با انشاء قصد خاصی داریم. دیگر شش تا قصد معنا ندارد، قصد خاصی داریم. خب اگر من انشاء کردم به قصد تملیک و امثال آن، می شود وقف در اصطلاح آقایان، و اگر انشاء کردم که فقط منافع و انتفاعش برای آنها باشد، می شود حبس.

بنابراین نفهمیدیم که چگونه می شود تصویر کرد که انشاء که یک عمل وحدانی است به دو قصد باشد و دو کار با آن انجام شود، انشاء می کند وقف را بقصد التملیک برای یک عده ای، می شود وقف، و به قصد انتفاعات و امثال آن که بشود حبس. نمی دانیم این تصویر معقولی دارد یا نه. محقق رشتی می فرماید بله این هیچ اشکالی ندارد.

در مقام صیغه واحد نیست بلکه دو عبارت است

منتهی نکته مهمتر این است که در مقام از کجا تطبیق شده است بر صیغه واحد. می گوید لاضریر فی اشمال الصیغه الواحدة علی الوقف و الحبس. اصلا مگر همچنین چیزی لازم می آید؟ مثلاً فرض کن اگر راوی اینطور بگوید که شخصی برای قرابت آبش و قرابت آمش وقف کرده به شکل ذیل و تالی. در ذیل چطور است؟ در ذیل می گوید ثلاثمائة درهم برای این شخص و اولادش باشد و الباقی برای قرابت اُبی و اُمی من. خب سؤال این است که اگر همچنین چیزی گفت آیا این ظهور پیدا می کند که این وقف برای این قرابت هست یا نه؟ این مفادش چه می شود؟

به نظر من دو عبارت است. خود صدر روایت را هم نگاه کنیم دو صیغه است نه یک صیغه. اینجا صورت مسأله اینطور است: «عن رجل وقف غلة له علی قرابته من اُبيه و قرابته من اُمه و اوصی لرجل و لعقبه». همانطور که عرض کردم چه اشکال دارد که اینطور بگوید که انشاء کند وقف را و بگوید من وقف کردم برای قرابت اُبم و قرابت اُمم به شکل ذیل که ثلاثمائة درهمش برای رجل و عقبه باشد الباقی اش برای دو طرف از اقربا باشد، این چه مانعی دارد؟ آنوقت این عبارت اگر اینطور بگوید یک صیغه وحدانی نیست تا ما بحث کنیم که اگر انشاء کرد که وقف هذا العین را، وقف مثلاً هذا الجنة را برای کی، بگوئیم این می شود برای یک نفر وقف باشد و برای یک نفر دیگر حبس باشد.

محقق رشتی در صیغه واحد می گوید لاضریر. منتهی این قابل تأمل است که ما در صیغه واحد که انشاء واحد داریم آیا می توانیم دو جور قصد کنیم، انشاء ما میتواند توأم با دو قصد باشد؟ این قابل تأمل است و بحث می خواهد.

اما عرض ما این بود که {به لحاظ مصداقی} از کجا آوردید که در روایت یک صیغه وحدانی بوده است. می تواند اینطور باشد که عرض کردیم.

بنابر این از این جهت نیز اشکالی وارد نمی شود که نسبت به موصی له حبس باشد و نسبت به بقیه وقف باشد.

عدم جود دافع از اشکال جامع المقاصد به عبارت محل استدلال

لذا نتیجه نهایی این می شود که این روایت جعفر بن حنان که محل استشهادش این عبارت «فأما إذا انقطع ورثة فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقراءة الميت» است، مورد این اشکال جامع المقاصد است که ممکن است این حبس بوده باشد، وجواب شیخ هم کافی نیست.

بنابر این اولین استشهادی که به این فقره از متن شده قابل خدشه است و با این روایت ما نمی توانیم وقف منقطع الاخر و وقف علی من ینقرض غالبا را تصحیح کنیم چون احتمال حبس بودنش هست.

اشکال شیخ ره به استدلال به روایت: مراد از اقرباء، موقوف علیهم است

مرحوم شیخ انصاری اشکال دیگری را نسبت به این روایت مطرح می کند (که بحث دشوار و دقیقی است)، ایشان می فرماید: بحث شما که فرمودید این تصحیح وقف منقطع الآخر هست، متوقف بر این است که بفرومائید فأما إذا انقطع ورثته (یعنی ورثه موصی له) فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقراءة الميت یعنی لورثة الواقف. میت یعنی آن میت اولی که واقف بوده قرابتش هم یعنی ورثه اش. به شهادت اینکه بعد دارد ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلک ما بقوا. یتوارثون یعنی ارث بین ورثه واقف.

مرحوم شیخ می گوید استدلال شما بر صحت وقف منقطع الآخر یا بر من ینقرض به این فقره متوقف بر این است که شما بگوئید غله بر می گردد به قرابت واقف یعنی به ورثه واقف. یعنی این وقف بوده، و با انقطاع ورثه موصی له می

شود منقطع الآخر، امام علیه السلام تصحیح می کند و تکلیفش را هم روشن می کند که این مال جزء میراث واقف می گردد و باید بین آنها تقسیم شود.

مرحوم شیخ می گوید اما یک احتمال معقول تری در این روایت وجود دارد و آن احتمال اظهر است، و آن این است که: مقصود از قرابت میت در اینجا نه ورثه واقف باشد، بلکه همان قرابتی باشد که در بالا غله برای آنها قرار داده شد، یعنی موقوف علیهم. در صدر روایت آمد «رجل وقف غلة له علی قرابته من أبيه و قرابته من أمه». اینهم قرابت است و آن هم قرابت است، منتهی خیلی فرق می کنند. قرابت واقف در اینجا مقصود ورثه واقف است که اینها طبقاتی دارند. قرابت مذکور در اینجا این ظاهرش این است که قرابت او است و به هر کیفیتی قرابت او باشد بینشان تقسیم می شود. نگفته به شکل ارث و طبقات ارث. این نیست. به هر کس که صدق قرابت کند بالفعل باشد از آب و أم، این صدق می کند. مثلاً به نظر من می رسد که فرض کنید برادر شخص قرابت از ناحیه آب است دیگر، با اینکه در مقام ارث فرزند و والدین حجب می کنند برادر و خواهر را، اما ظاهراً اینها در موقوف علیهم داخل هستند. پس غله ای را که به قرابت آب و أمش وقف کرده، همه اقرباء را شامل می شود.

مقصود این است که بحث سر این است که این قرابت میت که در این ذیل آمد در این جمله فاما إذا انقطع ورثته یعنی ورثه موصی له فلم یبق منهم کانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت یعنی چه؟

یک احتمال این است که ورثه واقف است و گفتیم، نتیجه اش تصحیح وقف منقطع الآخر است که می گوید تا اینجا وقف درست بوده، از این به بعد هم برگشت به مال واقف. اما مرحوم شیخ می گوید یک احتمال معقولتری هم وجود دارد (که ایشان راست هم می گوید) و آن این است که این قرابت میت اینجا همان قرابت بالا در روایت باشد. مگر شخص خدمت امام نگفته بود عن رجل وقف غلة له علی قرابة من أبيه و قرابته من أمه، خب اینجا هم همان قرابت را می گوید. نتیجه اش چه می شود؟ نتیجه این می شود که وقتی موصی له و ورثه اش از دنیا رفتند و تمام شدند، برمی گردد می شود مال موقوف علیهم. و این موقوف علیهم بخشی را که از وقف می بردند، و این ثلاثمائة درهم که با وصیت خارج شده بود حالا برمی گردد به خود موقوف علیهم.

ناتمامی استدلال بر اساس این احتمال

با این فرض آیا روایت دلالتی بر صحت وقف منقطع الآخر دارد؟ مرحوم شیخ می گوید نه دیگر دلالتی ندارد. چرا دلالت ندارد؟ چون اصلاً وقف اینطوری بوده است وقف بوده برای قرابت آب و قرابت أم، منتهی به این شکل و با این شرط که ثلاثمائة درهم را تا وقتی که موصی له ها هستند به آنها بدهند، بعد هم برگردد به خود موقوف علیهم. وقف تمام نشده و منقطع الآخر نشده است. (البته این را من عرض می کنم، عبارت شیخ تصریحی به این حرف ندارد). وقف منقطع و تمام نشده است. وقف از اول مال قرابت آب و قرابت أم بود، منتهی یک شرطی هم در ضمنش بود که اینطوری باشد که سیصد درهمش استثناء شود و تا مدتی به برخی افراد داده شود. پس اعطاء به این افراد اصلاً وقف نیست بلکه عمل به شرط است. وقف مال اینهاست، بعد از انقضاء {مشروط لهم} هم وقف برگردد به همینها. اگر برمی گشت به ورثه واقف، بعید نبود بگوئیم آن چیزی هم که به موصی له گفته آن هم وقف است و وقف تمام شده برگشت به ورثه واقف. اما ایشان می گوید نه برمی گردد به قرابت میت. دیگر این احتمالی نیست که شما مبنی بر آن وقف منقطع الآخر را درست کرده باشید.

عبارت مقرر مرحوم شیخ

این مطلبی است که من از کلام شیخ استنباط کردم. حالا من عبارت شیخ را می خوانم دوستان عنایت کنند که آیا احتمال دیگری در کلام ایشان می رود یا نه.

مقرر می فرماید: «وکیف کان فقد قال الاستاذ دام ظلّه أن فی دلالة الرواية نظراً من جهة اخرى و هی أن الاستدلال بها مبنی علی أن یكون المراد بقربة الميت هنا ورثته، فلم لا یجوز أن یكون المراد بها القرابة المذكورة سابقاً و هم الموقوف علیهم، بل الانصاف أنه اظهر من أن یجعل القرابة ورثة الواقف (این احتمال که این قرابت ذیل روایت قرابت بالایی باشد که موقوف علیهم هستند، این اظهر است از اینکه مقصود ورثه واقف باشد)، وقوله علیه السلام بعد ذلک یرد ما یخرج من الوقف ثم یقسم ربما یدل علی ذلک (که یک دلالتی هم ایشان از این درست می کند)».

انشاءالله جلسه بعد هم این را تکمیل می کنیم و هم ببینیم فرمایش مرحوم شیخ درست است یا نه. و السلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۱۷۲
- خلاصه مباحث گذشته..... ۱۷۲
- اشکال شیخ ره به استدلال به روایت سوم..... ۱۷۳
- ناقصی استدلال به روایت در صورتی که مراد از قرابت میت موقوف علیهم باشند..... ۱۷۳
- پرداخت به موصی له و عقبه با شرط ضمن الوقف بودن هم می سازد..... ۱۷۳
- برگشت بحث ایصاء به شرط در عبارت مرحوم شیخ..... ۱۷۵
- تصحیح استدلال به روایت توسط شیخ ره از جهت منقطع الآخر بودن موقوف علیهم..... ۱۷۶
- اشکال اول به استدلال شیخ و جواب ایشان از اشکال..... ۱۷۶
- ذکر شاهد از طرف مرحوم شیخ بر مدعیان..... ۱۷۷
- اشکال دوم به کلام شیخ و جواب از آن..... ۱۷۷
- نتیجه: عدم تمامیت استدلال به روایات بر صحت..... ۱۷۸
- ادله قائلین به حبس بودن..... ۱۷۸
- دلیل اول: تمسک به استصحاب بقاء ملک مالک..... ۱۷۸
- اشکال ابن ادریس ره تمسک به استصحاب..... ۱۷۹
- جواب مرحوم شیخ از اشکال ابن ادریس..... ۱۷۹
- اثبات حبس خاص با استصحاب اصل مثبت است..... ۱۷۹
- دلیل دوم: با علم به عدم قصد وقف، لباً به حبس بر میگردد..... ۱۸۰
- اشکال شیخ ره به دلیل دوم..... ۱۸۱
- نتیجه بحث وقف علی من ینقرض: عدم تمامیت ادله صحت و بطلان..... ۱۸۱
- استدلال به الوقف هو الایقاف و رد آن..... ۱۸۱
- بر اساس اصالت عدم تحقق مسبب، وقف بما هو وقف و حبس بما هو حبس باطل است..... ۱۸۲

۱۸۳ تمسک به اجماع بر جامع بین حبس و وقف

۱۸۴ خلاصه بحث در صدر مسأله ۱۶

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در وقف علی من ینقرض غالباً رسید به ادله روائی. آخرین روایتی که محل بحث قرار گرفت روایت جعفر بن حنان بود. محل استشهاد در این روایت را دیروز بحث کردیم که این فقره از روایت بود که: «فأما إذا انقطع ورثته (ورثه موصی له) فلم یبق منهم احد کانت الثلاثمائة درهم لقربة المیت یرد ما یخرج من الوقف ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلک ما بقوا و بقیة الغلة».

بحث در این بود که این روایت ظاهرش این است که اگر ورثه موصی له منقطع شدند، آن ثلاثمائة درهم که مال اینها بود به ورثه واقف برمی گردد. این دو نکته را نشان می دهد: یکی صحت وقف منقطع الآخر در موصی له را، چون در مورد آنان وقف بود و منقطع الآخر بود. پس از این روایت معلوم می شود که وقف صحیح بوده و به خود موصی له و عقبش رسیده است. نکته دوم این است که: بعد از اینکه آنها انقطاع پیدا کردند برگشت می کند به ورثه واقف. این نکته دوم هم جزء فروع بحث ما است که به آن خواهیم پرداخت، که بعد از انقراض موقوف علیهم مال موقوفه به چه کسی می رسد. اینجا بنابر این استظهار می رسد به ورثه واقف که نظر مشهور است.

منتهی دیروز عرض کردیم که مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد اشکال کرده است. می فرماید این مسأله انقطاع عقب موصی له و رسیدن این ثلاثمائة به ورثه واقف، با حبس هم می سازد. بنابر این روایت دلالتی بر صحت بما هو وقف ندارد.

این اشکال واردی است. مرحوم شیخ جوابی دادند که آن را رد کردیم و بحثها را اعاده نمی کنیم. این مسیر بحث تا اینجا بود.

اشکال شیخ ره به استدلال به روایت سوم

مرحوم شیخ اشکال دیگری دارند، می فرمایند: اصلاً چرا ما روایت را به این صورت که مبنای استدلال است معنا کنیم. یعنی قرابت میت را ورثه واقف بدانیم. {به قرینه صدر روایت} مقصود از قرابت میت را همان قرابتی بدانیم که در صدر روایت بود یعنی موقوف علیهم. قرابت اُبی و قرابت اُمی واقف موقوف علیهم بودند. و منظور امام علیه السلام این است که بعد از انقراض رجل و عقبش این سیصد درهم هم به موقوف علیهم می رسد.

ناتمامی استدلال به روایت در صورتی که مراد از قرابت میت موقوف علیهم باشد

حالا اینکه منظور از قرابت میت موقوف علیهم باشند چه ضرری به استدلال می رساند؟

ممکن است بفرمائید: استدلال مبتنی بر این بود که ما بگوئیم تا زمانی که موصی له و عقبش موجودند، حال وصیت است یا وقف یا حبس هر چه که هست؛ ثلاثاً درهم به آنها داده می شود و پس از انقراض برگردد. حالا اینکه به چه کسی بر می گردد چه اضرائی می رساند؟ چرا شیخ انصاری می فرماید مبنای استدلال این است که منظور از قرابت میت ورثه واقف باشد، و الا اگر ما قرابت میت را همان قرابت بالا که موقوف علیهم هستند معنا کنیم، در این صورت دیگر دلالتی بر صحت وقف منقطع الآخر ندارد؟ چرا؟

پرداخت به موصی له و عقبه با شرط ضمن الوقف بودن هم می سازد

به نظر من ظاهراً مقصود ایشان کما اینکه از ذیل عبارتشان روشن می شود این است که پرداخت ثلاثاً به موصی له و ورثه موصی له می تواند از باب عمل به شرط باشد نه صحت وقف. دیروز هم در پایان جلسه عرض کردم که گوئی

واقف وقفی صورت داده برای قرابت اُبی و اُمی اش به این نحو که غله زمین به آنها داده شود. در ضمن این وقف شرط کرده است که به آقای موصی له و ورثه اش تا زمانی که موجودند ثلاثمائة درهم داده شود. این وقف نیست بلکه عمل به شرط است.

دوستان خوب دقت کنند، چون کسانی که می خواستند تمسک کنند به صحت وقف منقطع الآخر، می خواستند بگویند این فقره که آقای واقف اوصی لرجل و لعقبه که لیس بینهم و بینه قرابة ثلاثمائة درهم، یک نوع وقف است. و چون این وقف منقطع الآخر است و امام علیه السلام آن را تأیید کرده اند پس معلوم می شود وقف منع الآخر وقف صحیحی است. وگرنه اگر وقف منقطع الآخر باطل بود، نباید ثلاثمائة درهم را به موصی له و ورثه اش می دادند

بنابراین از اینکه امام علیه السلام در دو سه فقره فرمودند که این ثلاثمائة درهم به موصی له و ورثه اش داده می شود، و حتی فرمودند که این موقوف علیهم حق تصرف در غله را ندارند حتی یوفون سهم موصی له را، و حالا هم در این ذیل فرمودند که وقتی عقب موصی له منقطع شد و مفروض بحث وقف وقف منقطع الآخر شد مال بر می گردد به ورثه واقف معلوم می شود وقف منقطع الآخر صحیح است.

حالا مرحوم شیخ می فرماید: چرا اصلاً ما اینطور استظهار کنیم. اظهر آن است که بگوئیم مقصود از قرابت میت همان قرابت بالا است نه ورثه واقف. و لذا (این را ایشان نگفته بلکه من دارم استنباط می کنم) مسأله پرداخت ثلاثمائة درهم به من اوصی له نه از باب وقف است بلکه از باب ایفاء یک شرط است. چون اگر ما این را نگوئیم و مقصود شیخ این نباشد، خب چه ضرری می رساند؟ فاما إذا انقطع ورثه امام بفرماید حالا می رسد به ورث واقف یا برسد به موقوف علیهم، در صحت وقف قبل از انقطاع که مشکلی نبوده است.

مگر اینکه استظهار مرحوم شیخ این باشد که عرض می کنیم که: اصلاً ما اوصی له وقف نیست، یک شرطی است. آقای واقف وقفی کرده است برای قرابت اُبی و قرابت اُمی اش، در ضمنش شرطی نیز کرده است. این موقوف علیهم باید به این شرط وفا کنند. اصلاً ربطی به وقف ندارد، ایفاء شرط است. آنوقت دیگر این روایت از ناحیه این فقره که فإذا انقطع هیچ دلالتی بر صحت وقف منقطع الآخر پیدا نمی کند، از این هیچ دلالتی استفاده نمی شود.

به نظر من این یک نکته دقیق است، و هیچ بعدی هم ندارد که ما اوصی له اصلاً وقف نباشد. که ما جلسات گذشته هم عرض کردیم که این اوصی له که تغییر در عبارت است. بالا می گوید عن رجل وقف غلة له علی قرابته من اُبيه و قرابته من اُمه، اما بعد می فرماید و اوصی لرجل و لعقبه. خب این اوصی له از کجا مسلماً وقف گرفتیم؟ این روشن نیست. البته

در وهله اولی عده ای این را وقف گرفته اند و بر اساس آن بحث کرده اند، ولی حالا حدس من این است که مرحوم شیخ می خواهد اینطور بفرماید.

برگشت بحث ایصاء به شرط در عبارت مرحوم شیخ

این عبارت اخیر مرحوم شیخ را ببینید، می فرماید: «بل الانصاف أنه اظهر من أن يجعل القرابة ورثة الواقف (احتمال دوم که خودشان فرمودند اظهر است)، و قوله عليه السلام بعد ذلك يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم ربما يدل على ذلك إذ المراد به أنه يرد ما يخرج من الوقف أي ما اوصى بخروجه أعني الثلاثمائة على الوقف، أي يضم الثلاثمائة الى باق الغلة فتقسم جميعا بين الموقوف عليهم. و هذا الاحتمال اقرب من الاحتمال المبني عليه الاستدلال لفظا بل معنى ايضا، لاحتمال أن يكون شرط الواقع في ضمن الوقف كذلك».

دوستان عنایت کنند، اینجا ایشان بحث ایصاء را برگرداند نه به وقف بلکه به شرط. فرمود: «لاحتمال أن يكون شرط الواقع في ضمن الوقف كذلك، بأن يكون الشرط اخراج ثلاثمائة مادام حياة الموصى له و عقبه و أنه إذا انقرضوا كان الكل للموقوف عليهم و لادلالة في قوله يتوارثون على أن المراد بالقرابة ورثة الواقف».

پس ما اگر مطلب ایشان را درست فهمیده باشیم نتیجه این می شود که یک وقفی است از ناحیه شخص برای قرابت اُبی و اُمی، همراه با این شرط در ضمن آن که سیصد درهم را به موصی له پرداخت کنند. وقف منقطع الآخری مفروض نشد که بگوئیم تصحیح آن و امضاءش از ناحیه امام، امضاء وقف منقطع الآخر است. اصلا وقف منقطع الآخر نیست. وصیتی است که به شرط برگردانندیم.

من فکر می کنم مقصود ایشان این است. و بر این اساس اشکالی می شود بر استدلال به روایت.

تصحیح استدلال به روایت توسط شیخ ره از جهت منقطع الآخر بودن موقوف علیهم

منتهی شیخ از این حرف برمی گردد. (گفتم یک وقتی شیخ ره در نجف معروف بود به شیخ لکن، چون هر چه می فرمود می گفت و لکن و برمی گشت). اینجا هم می گوید ولکن الانصاف که نه، این روایت دلالت دارد، اما نه از این فقره، بلکه از اصل وقفی که در اینجا هست ولو به ضمیمه ترک استفسال چطور؟

می گویند این وقفی که واقف برای قرابت اُبی و اُمی اش کرده بعدش اضافه نکرده که بعد از انقراض موقوف علیهم این غله للفقراء و المساکین یا للمساجد باشد. پس لازمه آن یا لااقل لازمه آن در نظر ما این است که وقف منقطع الآخر درست باشد، چون برای ما محرز است یا اطمینان داریم که موقوف علیهم باقی نمی ماند، بلکه بعد از مدتی مانند یک یا دو قرن منقرض می شوند، و امام علیه السلام این وقف را امضاء کرده اند و فرموده اند این وقف جائز است. و تفصیل هم نداده اند که اگر باقی نباشند وقف درست نیست. پس این وقف علی ائی حال درست است، و چون ما می دانیم که این موقوف علیهم خارجا بعد از مدتی باقی نخواهد ماند، پس وقف منقطع الآخر تأیید و امضاء می شود.

دوستان عنایت کنند مرکز استدلال عوض شد. قبلا مرکز استدلال ما اوصی له و انقطاع موصی له و ورثه اش بود. حالا برگشت به خود آن موقوف علیهم که قرابت خود میت و واقف هستند. می گوئیم اینها منقطع الآخر هستند، اینها که تا ابد الدهر نمی مانند. و امام همین وقف را فرمود جائز و باید به آن عمل کنید. پس معلوم می شود که وقف منقطع الآخر درست است.

اشکال اول به استدلال شیخ و جواب ایشان از اشکال

بعد ایشان می فرماید: و إن أبی آب که بگوید اصلا از کجا شما می دانید اینها منقطع الآخر هستند و عقب اینها از بین خواهد رفت؟ (که انصافا هم انسان نباید به انقراض اینها اطمینان داشته باشد. بالاخره این انسانهایی که هستند ادامه انسانهای قبلی هستند دیگر. از کجا کسی یقین دارد که این افراد بالاخره منقرض می شوند؟ خب اولادشان و اولاد اولادشان ممکن است باشند ولو خیلی هم دور شوند).

مرحوم شیخ می گوید اگر کسی از این مطلب إباء کرد ما به صورت دیگری استدلال می کنیم، می گوئیم نسبت به انقراض ترک استفصال که شده است. از ترک استفصال در فرمایش امام علیه السلام صحت وقف منقطع الآخر را می فهمیم. امام نپرسیدند که منقرض می شوند یا نمی شوند. پس ولو خارجا اینطور نباشد اما معلوم می شود در هر دو فرض چه منقرض شوند و چه منقرض نشوند این وقف درست است. از باب ترک استفصال این مسأله را ثابت کنیم. و ظاهر هم این است که مرحوم شیخ بر همین مطلب مستقر می شود.

ذکر شاهد از طرف مرحوم شیخ بر مدعایشان

ایشان شاهی هم می آورد، می فرماید: ذیل روایت که فرموده اند: قلت فللوثة من قرابة الميت أن يبيعوا الارض إن احتاجوا، ایشان می گوید این ظاهر در این است که این قرابت میت مالک می شوند که بتوانند بفروشند. اگر حبس باشد که قرابت میت مالک نیستند تا بخواهند بفروشند.

پس از اینکه اگر اقربای میت محتاج بودند با وجود شرائط و رضایت ورثه می توانند زمین را بفروشند و امام علیه السلام این بیع را امضاء کرده اند معلوم می شود این اقربا مالک می شوند، پس وقف به معنای تملیک درست است. و حبس نیست، چون در حبس اقربا، مالک نیستند تا بتوانند بفروشند.

نتیجه این می شود که به نظر مرحوم شیخ روایت با این بیان ترک استفصال دلالت بر صحت وقف منقطع الآخر می کند.

اشکال دوم به کلام شیخ و جواب از آن

البته ایشان یک «الا»ی هم می آورند؛ می فرمایند: مگر کسی بگوید که چون بیع وقف، بر خلاف قاعده است، روایت را رد می کنیم.

منتهی این مطلب قابل بحث است. ما از حکم عدم جواز بیع عین موقوفه { مستثنیات متعدد داریم که در جای خودش باید بحث شود. یکی از استثناءها هم می تواند همین مورد باشد پس چرا روایت را رد کنیم.

نتیجه: عدم تمامیت استدلال به روایات بر صحت

نتیجه بحث تا اینجا این شد که ما روایاتی را که ادعا می شد بر صحت وقف منقطع الآخر دلالت دارند که عبارت بودند از صحیحه علی بن مهزیار، صحیحه محمد بن حسن صفار و روایت جعفر بن حنان را بحث کردیم؛ و به نظر ما هیچیک بر صحت وقف علی من ینقرض دلالت نمی کند.

ادله قائلین به حبس بودن

تا اینجا ادله بطلان وقف و ادله صحت وقف را بحث کردیم. حالا نوبت به بررسی ادله کسانی می رسد که قائل به حبس هستند.

دلیل اول: تمسک به استصحاب بقاء ملک مالک

عمده دلیل همان است که مرحوم شیخ طوسی فرموده است. ایشان فرموده: ما شک می کنیم که این ملک از ملک واقف بیرون می رود یا نه، استصحاب بقاء ملک مالک می کنیم. البته مرحوم شیخ طوسی فرموده است که این حبس است، بلکه تصریح کرده است به صحت وقف که در اول بحثها عبارت ایشان را خواندیم. اما برخی استظهار کرده اند، وقف در کلام مرحوم شیخ طوسی و عده ای از فقهاء با توجه به اینکه قائل به بقاء ملک در ملک واقف هستند، کاشف از این است که مقصودشان از وقف حبس است.

اشکال ابن ادریس ره تمسک به استصحاب

ابن ادریس به فرمایش جدش اشکال کرده است، می فرماید نکیل بصاعه، ما هم می آییم با همان پیمانہ شیخ طوسی کیل می کنیم. مگر نمی گوئید وقف شده؛ ما استصحاب بقاء وقف می کنیم.

جواب مرحوم شیخ از اشکال ابن ادریس

مرحوم شیخ انصاری می فرماید: این استصحاب بقاء وقف اصلاً وجهی ندارد، و مرحوم ابن ادریس در اینجا اشتباه کرده است. برای اینکه فرض این است که منقطع الآخر شده است. بعد الانقراض، بقاء وقف معنا ندارد. پس نمی توان استصحاب بقاء وقف کرد. و مرحوم شیخ تعبیر زیبایی هم می کند می فرماید «فقد طَفَّفَ ابن ادریس فی مکیاله»، کم گذاشت برای شیخ و درست کیل نکرد بر اساس صاع خود شیخ، و استدلالش درست نیست.

البته واضح است که این استدلال در جایی است که کسی با اطلاقات و غیره ادله وقف به معنای خروج از ملک را تمام نداند، والا استصحاب جا ندارد.

البته مرحوم شیخ بیان دیگری را هم نقل می کنند برای حبس و رد می کنند.

اثبات حبس خاص با استصحاب اصل مثبت است

قبل از اینکه به آن بیان برسیم، راجع به استصحاب به نظر من واضح است که یک اشکالی دارد، من نمی دانم چرا مرحوم شیخ بیان نکرده است. استصحاب، حبس بالمعنی الخاص را اثبات نمی کند. استصحاب فقط عدم خروج از ملک را

ثابت می کند و هر چند توأم است با اینکه موقوف علیهم قبل از انقراض می توانند از عین موقوفه استفاده کنند. لکن مجموع حق استفاده این موقوف علیهم به اضافه عدم خروج از ملک اگر بخواهد حبس خاص را اثبات کند مثبت است.

حبس خاص به قول امروزی ها عبارت است از یک نهاد مستقل مانند وقف که آثاری دارد. صرف اینکه چیزی ملک واقف باشد در کنار اینکه بعضی از منافع یا انتفاعات مال موقوف علیهم یا محبوس لهم باشد، کفایت نمی کند که حبس اصطلاحی را با اصل ثابت کنیم.

به نظر من اشکال این استصحاب این است. بله استصحاب اثر خودش را دارد، یعنی عند الشک عدم خروج از ملک را استصحاب کنیم و بگوئیم این عین هنوز در ملک واقف باقی است و آثار خاص بقاء ملک را مترتب کنیم ولی آثار خاص حبس اصطلاحی را ندارد. و ما حالا می خواهیم از این نکته، مطلبی را استفاده ای کنیم.

دلیل دوم: با علم به عدم قصد وقف، لبا به حبس بر میگردد

مرحوم شیخ ره استدلال دیگری را نیز ذکر می کند ولی آن را ضعیف می شمارد. آن استدلال این است که: اگر وقف و حبس مشترک معنوی باشند، کما اینکه از عبارت صاحب مسالک و برخی دیگر استفاده می شود که وقف و حبس را می توان جای یکدیگر بکار برد، با این تفاوت که وقف مؤبد و حبس منقطع است، اگر موقت و منقطع باشد می شود حبس و اگر مؤبد باشد می شود وقف، والا لبا معنایشان یکی است. اگر این باشد، و یا قائل باشیم به اختلاف معنایی ولی بگوئیم از اول وقتی که وقف می کند علی من ینقرض می دانند که این انقراض پیدا می کند، خود این قرینه است بر اینکه شخصی که دارد صیغه وقف اجراء می کند قصد حبس کرده است.

پس مانند آنچه در بحث مدت مطرح شد که عده ای بحث را اثباتی کردند و گفتند اصلا ما چکار داریم به اینکه حقیقت وقف چیست و حقیقت حبس چیست؛ کسی که انشاء وقف می کند در این بستر که می گوید الی سنة و در بحث ما هم علی من ینقرض وقف می کند، این می داند که وقفش ادامه ندارد، پس وقف اصطلاحی را قصد نکرده، لبا حبس را قصد کرده است. پس همین محدود بودن قرینه می شود بر اینکه قصد حبس کرده و حبس واقع می شود.

اشکال شیخ ره به دلیل دوم

ایشان می فرماید این حرف گرچه در بحث مدت وجه وجیهی دارد، چون مدت معاند آشکار است با تأبیدی که در وقف لازم است. پس می گوئیم آدم عاقل که اقدام می کند به وقف الی مدة مانند سنة، بعد از فرض اینکه وقف باید مؤبد باشد واضح است که مقصودش حبس است نه وقف. اما در اینجا این حرف درست نیست. چون وقتی را معلوم نکرده است، تنها وقف علی من ینقرض کرده و دوام این وقف را نیز مانند دیگر موارد قصد کرده است. حال اینکه موقوف علیهم در طول زمان منقرض می شوند واقعی است که لازم نیست حتما واقف آن را قصد کرده باشد تا {کاشف از} حبس باشد. بنابر این دلیل اثباتی شما ناتمام است.

نتیجه بحث وقف علی من ینقرض: عدم تمامیت ادله صحت و بطلان

نتیجه اینکه در بحث وقف علی من ینقرض ما تمام ادله بطلان را بررسی کردیم (آنهایی که می شد فکرش کرد که نظیرش در وقف الی مدة بود)، ادله صحت را هم بررسی کردیم، به نظر ما هیچ دلیلی بر صحت این وجود ندارد دلیل بر بطلان هم نیست.

الا قدر متیقنی که گفتیم اگر هیچ دلیلی بر صحت به هیچ مقدار نباشد، اصل عدم تحقق مسبب عند الشک فی السبب جاری می شود. تنها دلیل این بود و یک اجماعی که الان می خواهم از آن استفاده کنیم. که حالا میزان دلالت این دو دلیل هم الان روشن می شود.

استدلال به الوقف هو الايقاف ورد آن

پس ما هیچ دلیلی بر صحت نداشتیم، هیچ دلیلی نیز بر بطلان نداشتیم الا اینها. ومخصوصا کسانی که در تصحیح، به اینکه وقف ایقاف است تمسک کرده اند. من دیدم برخی از معاصرین دلیل مهمشان این است که وقف ایقاف است. که البته این مأخوذ از مرحوم امام و آن هم مأخوذ از مرحوم سید است.

ولی به نظر ما اصلا این حرف نتیجه ومعنای محصلی ندارد که الوقف هو الایقاف. خب یعنی چه؟ الوقف هو الایقاف اگر منظور معنای لغوی است که بحثی در آن نیست و اگر معنای نهادی آن را می گوئید یعنی معنایی که در اعتبارات عقلانی هست، خب بحث سر همین است که چه چیزی در آن اعتبار عقلانی دخیل است. الوقف هو الایقاف چیزی را ثابت نمی کند. که حالا به مناسبت اینجا را بعدا بحث خواهیم کرد که الوقف هو الایقاف را بعضی چه جور معنا کرده اند.

نتیجه این شد که ما دلیل متقنی برای بطلان نداریم الا آن دو نکته ای که عرض کردم، و دلیل متقنی هم برای صحت نداریم.

بر اساس اصالت عدم تحقق مسبب، وقف بما هو وقف و حبس بما هو حبس باطل است

اگر ما هیچ دلیل دیگری نداشته باشیم، چون ما عمومات را قبول نداریم، اصالت عدم تحقق مسبب اینجا محکم است و می گوید وقف به عنوان وقف واقع نشده، چون دلیلی بر صحت نداشتیم.

منتهی همین حرف را علی القاعده در حبس هم باید بزنیم. چون حبس بما هو حبس بالمعنی الخاص هم احراز نشده است. الان عرض کردیم که با استصحاب نمی توانید حبس خاص را ثابت کنید.

وقتی شما انشاء می کنید وقف علی من ینقرض را، (قصد تملیک کنید یا نکنید تاثیری ندارد) و قصد وقف کنید دلیلی وجود ندارد که به حبس تبدیل شود.

پس نتیجه این می شود که نه وقف خاص ثابت است و نه حبس خاص ثابت است.

آیا بعد می خواهید بگوئید پس اینجا باطل می شود؟

تمسک به اجماع بر جامع بین حبس و وقف

می گوئیم اینجاست که پای آن اجماع باز می شود. به نظر می آید در میان فقهاء یک اجماعی وجود دارد بر اینکه {این انشاء} بلا اثر مطلق نیست. عده ای آن را وقف دانسته اند و عده ای دیگر حبس، ولی ما ندیدیم که کسی بگوید باطل است، مگر قولی که شیخ طوسی ره نقل کرده و قائلش نیز معلوم نیست. ولذا عده ای می گویند اصلاً معلوم نیست قولی باشد. ولی شیخ انصاری پافشاری می کند و می گوید این حرف نادرستی است و شیخ و دیگران گفته اند بطلان قائل دارد. خب ببینید قائلی که حتی نامش را ذکر نمی کنند معلوم می شود که از شهرت چندانی هم برخوردار نبوده است تا نظرش مورد اعتناء باشد، در طول تاریخ فقه هرچه ما فحص می کنیم کسی نگفته وقف علی من ینقرض باطل است. در وقف الی مدة گفته اند، که ما آنجا اجماع تحصیل کردیم، اما در وقف علی من ینقرض نگفته اند بالمره باطل است. آنهایی که گفته اند یا می گویند وقف است یا می گویند حبس است. اینکه بالمره باطل باشد علی الظاهر قائلی ندارد.

اگر این حرف و این استنباط از کلمات فقهاء درست باشد، به نظر می آید یک اجماعی محقق می شود نه بر وقف بما هو وقف، و نه بر حبس بما هو حبس بالمعنی الخاص، بلکه بر آن جامع بین اینها. بدین معنا که از زمانی که این انشاء محقق می شود تا زمان انقراض، عین موقوفه در اختیار من ینقرض قرار می گیرد تا از آن استفاده کنند. حالا بما هو حبس یا بما هو وقف اثر خاصی ندارد. بنابراین جامعش این است که اینها استفاده می کنند.

من حالا می خواهم عرض کنم بعید نیست صاحب شرایع وقتی که طرح می کند نمی گوید وقف درست است، نمی گوید حبس درست است، بلکه می گوید این وقف یجری تا زمان انقراض. ما هم در واقع می خواهیم بگوئیم که وقتی وقف علی من ینقرض می کند اجراء می شود تا این زمان، حالا بما هو وقف یا بما هو حبس اثری ندارد. ما این را هم از اجماع می فهمیم. والا اگر ما بودیم باید می گفتیم وقف باطل، حبس هم بما هو حبس باطل، اما اجماع می گوید این اثر باقی است.

واثر مهم هم البته همین بود، که تا زمانی که این موقوف علیهم ممن ینقرض هستند در اختیار اینها قرار بگیرد و آنها استفاده کنند، اما نه بما هو وقف و نه بما هو حبس بالمعنی الخاص. از باب اجماع این حکم را کشف می کنیم که در اختیار آنها باشد.

خلاصه بحث در صدر مسأله ۱۶

این تمام الکلام نسبت به قسمت صدر مسأله شانزدهم، که این وقف چگونه است که آیا وقفا صحیح است یا حبسا صحیح است یا اصلا باطل است. روشن شد بما هو وقف صحیح نیست و حبسا هم صحیح نیست. البته اینکه ما می گوئیم صحیح نیست از باب قدر متیقن است نه از باب اینکه اماره داریم که صحیح نیست. از باب اینکه با شک در تحقق سبب وقف و سبب حبس بالمعنی الخاص ما احراز نمی کنیم که مسببشان حاصل است. ولی به نظر می رسد که قدر جامعش را می شود با اجماع تکمیل و تتمیم کرد.

این تمام کلام در صدر مسأله. آنچه باقی ماند قسمت ذیل است که حالا بعد الانقراض به چه کسی می رسد. انشاءالله جلسه آینده بحث می کنیم. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۱۸۶
- ۱۸۶..... خلاصه مباحث گذشته.....
- ۱۸۶..... عبارت تحریر.....
- ۱۸۶..... مختار قول رابعی است.....
- ۱۸۷..... شاید قول صاحب شرایع هم همین قول رابع باشد.....
- ۱۸۸..... حکم وقف علی من ینقرض بعد الانقراض.....
- ۱۸۸..... نکاتی راجع به متن تحریر در این مسأله.....
- ۱۸۸..... تهافتی بین مسأله ۱۶، ۶۷ و مسأله ۱۷.....
- ۱۸۹..... تفاوت بین تعبیر محل منع با تعبیر محل تأمل.....
- ۱۹۰..... اشکال بعضی المعاصرین به کلام امام ره: قول به حبس نتیجه اش ثنائی بودن اقوال است نه ثلاثی بودن آن.....
- ۱۹۰..... تأویلات اشکال بعضی المعاصرین بر امام ره.....
- ۱۹۱..... معلوم نیست امام ره در همه صور قائل به عدم انتقال ملک باشند.....
- ۱۹۱..... در اینکه اگر وقف ایقاف باشد خروج از ملک نمی شود تأمل است.....
- ۱۹۲..... عبارت متن وسیله و حاشیه امام ره.....
- ۱۹۲..... وجه جمعی برای تهافت کلام امام در مسائل ثلاثه تحریر.....
- ۱۹۳..... اقوال در تکلیف مال موقوفه بعد الانقراض.....
- ۱۹۴..... بررسی رجوع مال به واقف و ورثه واقف.....
- ۱۹۴..... اختلاف مرحوم شیخ با مرحوم سید و مرحوم آخوند.....
- ۱۹۵..... به نظر مرحوم شیخ رجوع به واقف هیچ دلیل عقلی و نقلی ندارد.....
- ۱۹۵..... دو اشکال مطرح به کلام شیخ.....
- ۱۹۵..... اشکال مرحوم سید و آخوند به مرحوم شیخ: از ابتدا خروج از ملک مقطعی بوده.....
- ۱۹۶..... جواب از اشکال به شیخ: بحث امکان ملکیت موقت مبنائی است.....
- ۱۹۶..... اشکال جدید به نظریه تقطیع ملکیت در وقف.....
- ۱۹۷..... فرق بین عین و منافع در تقطیع.....

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در مسأله شانزدهم بود که وقف علی من ینقرض غالباً است، اصل مسأله تمام شد، ادله بطلان و صحت را بررسی کردیم، و نتیجه ای که به آن رسیدیم قدری با نتیجه ای که در کلمات فقهاء هست فرق می کند.

عبارت تحریر

در متن تحریر در همین موضوع فرموده اند: «ففی صحته وقفاً أو حبساً أو بطلانه رأساً اقوالاً و الاقوی هو الاول (که صحتش باشد وقفاً) فیصح الوقف المنقطع الآخر بأن یكون وقفاً حقیقتاً الی زمان الانقراض والانتقطاع ینقضی بعد ذلک و یرجع الی الواقف أو ورثته بل خروجه عن ملکه فی بعض الصور محل منع». که حالا فروعات بعدی را بعداً بحث می کنیم. همین مطلب یعنی این تردید بین اینکه صحته وقفاً یا حبساً یا بطلانه رأساً در کلمات فقهاء تقریباً کثیر الدور است، عمدتاً همین سه شق را نقل فرموده اند.

مختار قول رابعی است

منتهی ما الان اینجا نتیجه ای که به آن منتهی شدیم با این فرمایش بزرگان خیلی همخوانی ندارد. در مباحثی که مطرح شد به این نتیجه رسیدیم که نمی توانیم بگوئیم وقف منقطع الآخر بما هو وقف تمام است، چون عدم اشتراط به دوام به این معنا را احراز نکردیم. نمی توانیم هم بگوئیم حبس بالمعنی الخاص است. چون حبس هم مثل وقف یک مجعول اصالی است، ثبوتش دلیل می خواهد. اینکه یک شخصی انشاء وقف کند و ما حصلش حصول یک حقیقت دیگر به نام حبس باشد که آثار خاصه دارد این هم اول کلام است. پس به همان دلیل که می گوئیم ثبوت وقف محرز نیست، ثبوت حبس هم محرز

نیست. بطلانہ رأساً هم درست نیست، به دلیل اینکه به نظر می آید می توان اجماعی از کلمات قوم بر عدم بطلان اصطیاد کرد که آن چیزی که ثابت است این است که در ظرف تا زمان انقراض آثار باید بار شود. یعنی باید این ملک مثلاً در اختیار موقوف علیهم باشد، حالا به عنوان وقف است یا به عنوان حبس است این بحث دیگری است. پس بطلانہ رأساً معنا ندارد. در طول تاریخ فقه هم قائل به بطلان روشن نیست کیست، فقط از کلام شیخ طوسی قده استفاده می شود که قائل به بطلان وجود داشته است، و ظاهراً ظاهر خلاف علامه هم همین است که قائل به بطلان داشته ایم. ولذا برخی می گویند قائل به بطلان چون اسم و رسمی هم ندارد معلوم نیست این قول باشد، ممکن است یک احتمالی بوده است. مرحوم شیخ انصاری دفاع از این می کند که فائلی بوده است، در عین حالی که نه نامی از او هست و نه مستندی غیر از همین نقلی که مرحوم شیخ طوسی فرموده دارد.

در هر حال به نظر می آید واقعا یک اجماعی منعقد است که بطلان من رأسه نیست.

خب آن نظری که ما به آن رسیدیم در واقع ترتیب آثار جامع بین وقف و حبس است، و آن این است که باید این ملک در اختیار موقوف علیهم تا زمان انقراض باشد، نه از باب اینکه این وقف است و نه از باب اینکه این حبس است، نمی دانیم، ولی می دانیم که علی الاجمال یکی از اینها باید باشد.

شاید قول صاحب شرایع هم همین قول رابع باشد

عرض کردیم شاید فرمایش مرحوم محقق در شرایع یا در برخی آثار دیگرشان که فرموده اند عقد الی حین الانقراض اجراء می شود، به معنای صحت نباشد، اگر وقف صحیح است می توانستند بگویند صحیح است لذا شاید مقصودشان از این تعبیر که «اجراء می شود» همین معنا از صحت باشد نه اینکه بما هو وقف تمام است.

این در واقع صورت چهارمی در مساله شد که ما دلیل اینکه چرا به این سمت رفتیم را عرض کردیم و دیگر تکرار نمی کنیم. این راجع به اصل بحث.

حکم وقف علی من ینقرض بعد الانقراض

حضرت امام رضوان الله تعالی علیه در ذیل فرموده اند که بعد الانقضاء يرجع الی الواقف أو ورثته. که این بحث فوق العاده دشواری است. اگر وقف باطل باشد که ملک سر جای خودش هست و ملک واقف است، اگر حبس به معنای اصطلاحی هم باشد باز در ملک واقف است (الا در بعضی صور که بحث دارد و خواهد آمد)، پس بحثی نمی شود کرد که يرجع الی ملک الواقف أو ورثته. آن فرضی که بر اساس آن می شود بحث کرد که تکلیف این مال موقوفه بعد انقضاء المدة و انقراض الموقوف علیهم چه می شود در جائی است که وقف صحیح باشد، در اینجا باید بحث کنیم که تکلیف این مال موقوف چه می شود.

اینجا فرموده اند: يرجع الی الواقف أو ورثته.

در حالی که این بحث بسیار مهمی دارد.

نکاتی راجع به متن تحریر در این مسأله

قبل از اینکه ما به این مسأله بپردازیم یکی دو نکته هست راجع به متن، این را حل کنیم، بعد می رویم راجع به اصل محتوا.

تفاوتی بین مسأله ۱۶، ۶۷ و مسأله ۱۷

در متن تحریر ذیل این مسأله ۱۶ فرموده اند: «بل خروجه عن ملكه فی بعض الصور محل منع».

یک مسأله ای که اینجا وجود دارد این است که بحث ما در مسأله ۱۶ در وقف علی من ینقرض غالباً است. خب در همین فرض که من ینقرض غالباً هست فرموده اند خروجه عن ملكه فی بعض الصور محل منع. پس ظاهر این عبارت این است که ایشان پذیرفته اند که در صور دیگری در همین مسأله ما ملک منتقل می شود. در همین وقف علی من ینقرض، یک صوری ملک منتقل می شود از واقف، در یک صوری نمی شود.

اما در مسأله ۱۷ ایشان در متن فرموده اند: «الظاهر أن الوقف المؤبد يوجب زوال ملك الواقف و أما الوقف المنقطع الآخر فكونه كذلك محل تأمل بخلاف الحبس». اینجا ظاهرش این است که در کل وقف منقطع الآخر فرموده اند که زوال ملک واقف محل تأمل. در ذیل مسأله ۱۶ در بعضی از صور فرموده بودند ولی اینجا کلش را می فرمایند.

در مسأله ۶۷ که بحث ورود در ملک موقوف علیهم است که گویا زوال ملک که مسلم است و بحث در این است که آیا عین موقوفه در ملک موقوف علیهم وارد می شود یا نه، متن وسیله به این صورت است که «لاینبغی الاشکال فی أن الوقف بعد تماميته يوجب زوال ملك الواقف عن العين الموقوفة الا فی منقطع الآخر الذی مرّ التأمل فی بعض اقسامه». این «الا فی منقطع الآخر» در متن وسیله نیست. امام ره چون در مسأله ۱۶ تعلیقه دارند این تعلیقه را وارد متن مسأله ۶۷ نیز کرده اند که در بعض اقسام منقطع الآخر ملکیت معلوم نیست؛ منتهی باز در بعض اقسامه. خلاصه ما نفهمیدیم که مشکل در بعضی اقسام منقطع الآخر است یا در تمام اقسام منقطع الآخر است. اینجا می فرمایند در بعضی اقسامش، در مسأله ۱۶ هم فرموده اند فی بعض صوره محل منع، ولی در مسأله ۱۷ کلش را فرموده اند که و اما الوقف المنقطع الآخر فكونه كذلك (یعنی زوال ملک بشود) محل تأمل، ظاهرش این است که همه را دارند می فرمایند. خلاصه برای ما روشن نشد که ایشان در کل وقف منقطع الآخر می خواهند بفرمایند یا در برخی از آن.

تفاوت بین تعبیر محل منع با تعبیر محل تأمل

البته اگر بعضی از عبارتهای بعدی نبود، ممکن بود کسی بین تعبیر مسأله ۱۶ که فرموده اند بل خروجه عن ملكه فی بعض الصور محل منع، بین تعبیر «محل منع» و تعبیر «محل تأمل» فرق بگذارد. محل منع شبیه فتوی است که اصلاً ممنوع است، اینکه شما بگوئید خروج از ملک ممنوع است یعنی خروج از ملک نمی شود. اینکه می فرمایند محل تأمل است یعنی در آن اشکال دارند که نتیجه اش چیزی بیش از احتیاط نیست، قطعی نفرموده اند که این اشکال دارد. گفته اند محل تأمل است نفرموده اند محل منع است. ممکن است بین تعبیر محل منع با محل تأمل فرق باشد. در هر صورت این جهت خیلی روشن نیست.

اشکال بعض المعاصرين به کلام امام ره: قول به حبس نتیجه اش ثنائی بودن اقوال است نه ثلاثی بودن آن

نکته دیگری که باز در متن وجود دارد این است که: برخی از علماء معاصر در تعلیقه و شرحشان بر فرمایش تحریر فرموده اند که شما ظاهر حرفتان در بحث رجوع به واقف و ورثه اش این است و همینطور تعبیری که فرمودید که خروج از ملک محل منع است، ظاهر این است که شما می خواهید بگوئید از ملک خارج نشده است.

اگر از ملک خارج نشود در واقع و لبس حبس است، و چون حبس است پس چرا تثلیث کردید در مسأله ۱۶ و فرمودید ففی صحته وقفاً أو حبساً أو بطلانه رأساً، چرا تثلیث قائل شدید؟ باید بگوئید این تقسیم ثنائی است، باید بگوئید ففی صحته حبساً أو بطلانه رأساً. چون اگر از ملک خارج نشود این حقیقتش حبس است. فرمایش ایشان این است که فرموده اند^۱:

«قال المصنف الوقف المنقطع الآخر كونه كالوقف المؤبد محل تأمل. (بعد فرموده اند) ظاهر کلامه أن حکمه حکم الحبس، فإن العين باقية على ملك الواقف بشهادة أنه وقف العين على المنقطع الآخر، و معنى كون الوقف محدداً ببقاء الموقوف عليه أنه باق في ملكه مع تسبيل المنفعة، و على ما ذكر يكون الترديد في المسئلة السادسة عشر بين كونه وقفاً أو حبساً غير تام، لأن الوقف على المنقرض حبس عنده، فيكون الاقوال فيهما ثنائياً لا ثلاثياً».

خلاصه اشکال می کنند که شما که در وقف منقطع الآخر می فرمایید که اینکه مثل وقف مؤبد باشد محل تأمل است که معنایش این است که حکمش حکم حبس است، چطور آنوقت فرمودید که اقوال در این مسئله سه تا است به این صورت که یا وقف باشد یا حبس باشد یا باطل باشد. باید دو قول می گفتید، چون اینجا شما وقف به معنای خاص ندارید.

تأويلات اشکال بعض المعاصرين بر امام ره

^۱ - کتاب الوقف صفحه ۶۳

در اشکالی که ایشان بر امام ره مطرح کرده اند باید دو تأمل کرد:

معلوم نیست امام ره در همه صور قائل به عدم انتقال ملک باشند

یکی نکته همان است که در ابتدای جلسه امروز عرض کردیم که ما هنوز به صورت دقیق متوجه نشدیم که حضرت امام در تحریر در همه صور وقف منقطع الآخر قائل به عدم انتقال ملک هستند، یا در برخی از صور. اینجا که فرموده اند بعضی الصور. پس معلوم نیست که ایشان در همه صور منقطع الآخر قائل باشند به عدم خروج عن الملك. این یک بحث است، حالا توجیهش چیست بحث دیگری است، ولی ظاهر این است، اگر مقصود این باشد که ما عرض می کنیم که بعضی صور باشد دیگر اشکال وارد نیست. چون بحث در منقطع الآخر باطله هست.

در اینکه اگر وقف ایقاف باشد خروج از ملک نمی شود تأمل است

نکته دوم که در مورد این اشکال وجود دارد این است که: همانطور که ما انشاءالله در بحث های آتی خواهیم دید باید بحث کنیم که آیا حتی اگر وقف ایقاف باشد که نظر مرحوم امام در متن تحریر هم هست، کما اینکه در بحث فقهی شان در ذیل مباحث وقف مکاسب هم همین مطلب را فرموده اند، آیا لازمه اینکه وقف ایقاف باشد این است که از ملک بیرون نرود؟ این قابل بحث است. گرچه ظاهر تحریر این است که یعنی می خواهد بفرماید وقف بما هو وقف ایقاف است، یک جاهایی مثل وقف مؤبد گوئی لازمه اش خروج از ملک است و یک جاهایی نیست مثل وقف منقطع الآخر. اما آیا فی حد ذاته هم این مطلب درست است؟ حالا ظاهر امام که همین هست که وقف اگر ایقاف باشد آنوقت خودش بذاته مستلزم خروج از ملک نیست، بلکه از لوازم و اینها باید دید. درموادی مانند وقف مؤبد اقتضاء خروج از ملک دارد و در موارد دیگر مانند وقف منقطع الآخر ندارد. این فرمایش امام ظاهراً همین است. اما آیا واقعا واقع مطلب هم همین است، یعنی آیا اینکه ظاهر وقف ایقاف باشد لازمه اش این است که در ملک واقف باقی باشد، اینها قابل تأمل است که شاید انشاءالله در بعضی صور آینده این را بحث کردیم.

این راجع به متن.

عبارت متن وسیله و حاشیه امام ره

البته در حاشیه و وسیله هم مسئله تقریباً همینطور است. این را هم برای تکمیل بحث اگر ذکر کنیم بد نیست. مرحوم سید در متن وسیله فرموده اند: «الفرق بین الوقف و الحبس، أن الوقف یوجب زوال ملک الواقف أو ممنوعيته من جميع التصرفات و سلب انحاء السلطنة منه حتی أنه لا یورث، بخلاف الحبس، فإنه باق علی ملک الحابس و یورث و یجوز له جميع التصرفات الغير المنافية لاستیفاء المحبس علیه المنفعة».

مرحوم سید در متن فرق بین وقف و حبس را همین گذاشته اند که در وقف زوال ملک واقف می شود یا ممنوعیتش از همه تصرفات و همه انحاء سلطه حتی اینکه ارث هم برده نمی شود. بین اینها «یا» گفته اند. این در مسئله ۱۷ است. در مسئله ۶۷ بالصراحة مرحوم سید می فرماید: «لا ینبغی الاشکال فی أن الوقف بعد ما تم یوجب زوال ملک الواقف عن العین الموقوفة». لا ینبغی الاشکال که وقف موجب زوال ملک واقف می شود. یعنی این او ممنوعیت من جميع التصرفات به عنوان وجهی است که مرحوم سید همینجور روی ممشای قوم آورده اند، گوئی برخی از فقهاء عامه و نادرا از قدمای شیعه گفته اند که در وقف به ملک واقف باقی می ماند فقط ممنوع می شود تصرفش. این «أو» را مرحوم سید فرموده اند برای اینکه همه مبانی را شامل شود، والا مبانی خودشان این است که زوال ملک می شود.

وجه جمعی برای تهافت کلام امام در مسائل ثلاثه تحریر

مرحوم امام هم در مسئله ۶۷ آتی تعلیق زده اند که مرّ الاشکال فی المنقطع الآخر. در اینجا هم در مسئله ۱۷ فرموده اند: «هذا الفرق (یعنی فرق بین وقف و حبس که در وقف زوال ملک است و در حبس نیست) بین الوقف المؤبد و الحبس وجهیه علی اشکال فی بعض فروعیه (که همان فروع حبس است که اگر لازم بیاید آنجا بحث می کنیم)، و اما بین الوقف المنقطع الآخر و بینة خصوصاً بعض صورته فمحل تأمل». اینجا هم مرحوم امام جمع کرده اند بین اشکال در همه و در

خصوص، می فرمایند: اما بین وقف منقطع الآخر و بین حبس همچنین فرقی نیست خصوصاً بعض صوره. این شاید وجه جمعی باشد برای آن فرقی که ما عرض کردیم بین کلمات ایشان در متن تحریر است، در مسئله ۱۶ می فرماید فی بعض صوره محل منع، در مسئله ۱۷ کلی می فرمایند در منقطع الآخر محل تأمل، در مسئله ۶۷ باز فرموده اند که در منقطع الآخر قد مرّ که محل اشکال است. اینجا گوئی ایشان دارند جمع می کنند که می خواهند بگویند در کل وقف منقطع الآخر اشکال است، در بعض صورش اشکال است. منتهی در عین حال به نظر من هنوز مشکل متن تحریر را حل نمی کند. چون در متن تحریر می فرماید بل خروجه عن ملکه فی بعض صوره محل منع، یعنی ظاهرش این است که بعض صور دیگرش محل منع نیست. و این را نمی شود توجیه کرد با کلیتی که در عبارتهای دیگر موجود است.

این راجع به عبارت متن که باید درست می کردیم و اشکالی که برخی از علماء معاصر بر امام کرده اند و این اشکال متوقف بر برخی بحثهای مبنایی دیگر است.

اقوال در تکلیف مال موقوفه بعد الانقراض

حالا می آییم در اصل بحث راجع به فرع ذیل. بنابر اینکه وقف صحیح باشد، تکلیف مال موقوفه بعد الانقراض چیست؟

اینجا سه قول است: قول اول: قول شیخ مفید قده است که تبعه ابن ادریس و بعض فقهاء، که این مال موقوفه به ورثه موقوف علیهم می رسد، نه به واقف و ورثه واقف.

قول دوم: این است که به واقف یا ورثه واقف می رسد. که قول مشهور است.

قول سوم: که ظاهر قول ابن زهره است، فرموده اند هیچکدام از این دو نیست، نه به واقف می رسد، چون ملک از او منخلع شد و زوال ملک شد، او دیگر برنمیگردد. به موقوف علیهم هم وجهی ندارد، چون در طول حیات به او تملیک شده بود، انقراض پیدا کردند و از بین رفتند، وجهی ندارد به ورثه او برسد. از اول هم واقف به ورثه او نداده بوده، بلکه به همینها مادام الحیات داده بوده است. باقی می ماند شق دیگری که بگوئیم در آن جهتی که مدّ نظر واقف بوده که یعنی مطلق بر مصرف شود. این قول سوم است. که این قول اشکالات روشنی دارد که بحثش خواهد آمد.

ما راجع به این سه قول می خواهیم بحث کنیم:

بررسی رجوع مال به واقف و ورثه واقف

در مورد قول اول که این مال موقوفه برگردد به واقف یا ورثه اش، یک بحث مبنایی لازم است. متأسفانه برخی از علماء مخصوصاً علمای معاصر دیگر وارد مبنایی نمی شوند که بر چه مبنایی ای این قول را تصحیح می کنند.

اختلاف مرحوم شیخ با مرحوم سید و مرحوم آخوند

مرحوم شیخ انصاری به ضرس قاطع می گوید اگر در باب وقف قائل شوید که موقوف علیهم مالک می شوند به هیچ صورت نمی توان قول اول را تصویر کرد. هیچ وجه عقلی یا نقلی این اقتضاء را ندارد که بعد از انقراض موقوف علیهم، عین موقوفه به ملک واقف یا ورثه واقف بازگردد.

مرحوم آخوند و مرحوم سید گرچه هیچکدامشان قائل نیستند که در وقف منقطع الآخر از ملک واقف خارج می شود. چون مرحوم آخوند قائل به حبس است و می گوید وقف لبس حبس است، منتهی یک حبس مرتبه اعلائی است که در فروضی موجب نقل ملک می شود، پس ایشان خروج عین را از ملک واقف اول کلام می داند. مرحوم سید هم که وقف را ایقاف می داند می گوید اول کلام است. منتهی همینهایی که خروج را اول کلام می دانند می گویند: در وقف منقطع الآخر حتی اگر قائل به تملیک و خروج از ملک واقف و ورود در ملک موقوف علیهم هم بشویم، باز هم باید قائل شویم که یرجع الی ملک الواقف أو ورثه بعد الانقراض. و وجهی ندارد که جزء ترکه موقوف علیهم حساب بشود و میراث ورثه موقوف علیهم بشود.

به نظر مرحوم شیخ رجوع به واقف هیچ دلیل عقلی و نقلی ندارد

در حالی که مرحوم شیخ ره به ضرر قاطع می گوید عکسش وجه ندارد. شما اگر قائل شوید به حصول ملک برای موقوف علیهم، باید بگوئید که این مال به ورثه موقوف علیهم می رسد، نه اینکه برگردد به واقف و ورثه او. چرا؟ برای اینکه مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما قائل به ملک شدیم، از ملک واقف خارج شده، در این وسط واقف فوت کرده، چه چیزی به ارث برسد؟ در ملکش نیست که به ارث برسد. در ملک موقوف علیهم است. می گوید عقلا و نقلا وجهی ندارد که بگوئیم به واقف یا ورثه او می رسد. و لذا به ضرر قاطع می فرماید این میراث موقوف علیهم است.

دو اشکال مطرح به کلام شیخ

منتهی دو اشکال به مرحوم شیخ قابل طرح است، یک اشکال را خودشان نقل کرده اند که اشکال دقیقی است، یک اشکال دیگر همین است که مرحوم سید و آخوند می فرمایند.

اشکال مرحوم سید و آخوند به مرحوم شیخ: از ابتدا خروج از ملک مقطعی بوده

اشکال مرحوم سید و آخوند این است که می گویند: ملک قابل تقطیع است، و در وقف منقطع الآخر اگر ما قائل شدیم که خروج از ملک مالک است، وقوف علی حسب ما یقفها اهلها است. خب واقف که نیامده تملیک کند به موقوف علیهم للتالی حتی بعد از موتشان. اینکه نبوده است. مادام الحیات تملیک به آنها کرده است. هر بطنی مادام حیات خودش. حالا آمدیم بطن سوم منقرض شد دیگر تملیک کسی نکرده اند، بلکه تملیک همینها مادام حیاتشان کرده اند.

حالا که اینطور است پس اصلا عین موقوفه از ملک واقف بیش از مقداری که تملیک به موقوف علیهم کرده است خارج نشده است. فرض کنید موقوف علیهم دو نسل هستند بعد منقرض می شوند. خروجش عین موقوفه از ملک واقف

از اول بیش از اندازه دو بطنی که در طول زمان حیات پیدا می کنند نبوده است و لذا برای زمان بعد از انقراض در ملک مالک هست.

بنابر این حرفشان این است که حالا که در ملک واقف هست اصلاً تعبیر «یرجع» هم خیلی تعبیر دقیقی نیست بلکه تعبیر مسامحی است. در ملک واقف هست. خروج از ملک واقف در یک برهه و به اندازه حیات موقوف علیهم بوده است، الباقی از اول در ملک مالک بوده است. چون ملک را تقطیع می کنند. می گویند ملک مثل زوجیت و امور دیگر اعتباری است خاص، این اعتبار قابل تقطیع است، کما اینکه ما زوجیت موقت داریم. ملک نیز تقطیع می شود، این قطعه اش خارج شده بقیه قطعاتش داخل در ملک مالک هست.

جواب از اشکال به شیخ: بحث امکان ملکیت موقت مبنائی است

منتهی این بحث مبنایی است. ما در سیر این مباحث وقت قابل اعتنایی را به بیان مسلک شیخ و تفسیر فرمایش ایشان و جواب مستشکین اختصاص دادیم. چندین جلسه بحث کردیم که آیا ملک قابل تقطیع هست یا نه. و به تفصیل شواهد مختلف آوردیم که نمی گوئیم ثبوتاً تقطیع محال است، ولی اثباتاً عقلاء ملک را اعتبار تقطیعی نمی کنند، برای ملک یک استمراری قائلند، و فرمایش مرحوم شیخ را هم بر همین حمل کردیم. گرچه مخالف بعضی عبائر ایشان بود اما با عبارات دیگر خصوصاً مقررین ایشان بیشتر موافق بود.

پس فرمایش مرحوم سید و مرحوم آخوند یک بیان مبنائی است. شما که قائل هستید که ملک تقطیع می شود می توانید این حرف را بزنید. اما مرحوم شیخ که تقطیع را روی مبنای خودش قبول ندارد درست نظر داده و نتیجه گرفته است. ملک وقتی از ملک واقف خارج و به ملک موقوف علیهم در می آید به صورت للتالی در می آید، اینطور نیست که یک قطعه خارج شود و بقیه در ملک مالک باشد. ملکیت تقطیع پذیر نیست. روی مبنای شیخ که ما هم قبول داریم حرف صحیح و درستی است و فرمایش مرحوم سید و آخوند درست نیست. منتهی حرف مبنایی است.

اشکال جدید به نظریه تقطیع ملکیت در وقف

اشکالی به مرحوم سید و مرحوم آخوند به ذهن می آید که ما در بحث خودش این را طرح نکردیم، و آن این است که اگر بنا باشد ملک واقف یا مالک تقطیع شود آیا نسبت به بعد از حیات خودش مالکیت دارد تا بتواند تملیک کند و وقفش صحیح باشد؟ دقت کنید! الان اشکال مرحوم سید و آخوند به این بیان این است که روی فرض اینکه در وقف تملیک هم باشد می فرمایند که يرجع الی ورثة الواقف یا خود واقف، روی مبنای اینکه ملک تقطیع می شود و از اول بیش از زمان حیات موقوف علیهم از ملک واقف خارج نشده است. سؤال این است که اگر ملک تقطیع می شود اصلاً خود واقف که مالک اصلی بود آیا نسبت به بعد از موت خودش مالک است؟ مگر نمی گوئید قطعه قطعه می شود، آیا شیء را نسبت به بعد از فوت خودش هم مالک است؟ آیا این ملکیت از اول هست؟ آنوقت اگر نباشد یک اشکال دیگری پدید می آید که اصلاً وقفش چرا صحیح است. چون او وقف کرده است و خارج کرده از ملک خودش به ملک موقوف علیهم. کدام قطعه را خارج کرده؟ برخی از آنها زمان خودش است که قطعات تحت ملک او است، برخی از آنها قطعات بعد از موت او است. مگر شخص می تواند نسبت به بعد از موت خودش هم خارج کند؟ مگر مالکیت داشته است؟! چطور تملیک کرده و شما می گوئید وقف صحیح است؟ این آقای واقف می میرد چون موقوف علیهم هنوز هستند وقف صحیح است و عین موقوفه در ملک آنها هست تا منقرض بشوند بعد می گوئید برمی گردد، خب سؤال این است که مگر واقف مالک عین در مدت حیات موقوف علیهم بعد از خودش بوده تا بتواند به آنها تملیک کند؟

این شبهه جدیدی است به حرف مرحوم سید و آخوند ره. این مشکلی است که مثل مرحوم سید و آخوند که قائل هستند ملکیت در عمود زمان تقطیع می شود با آن مواجه هستند و باید راه حلی پیدا کنند، و گرنه اصل وقف باطل می شود.

این شبیه این است که مالک در عقد اجاره، منافع بعد از عمر خودش را نیز تملیک کند، که بالنسبة علی الظاهر باطل می شود. به اجاره باطل نمی شود. اما اگر شخص موجد از دنیا برود علی الظاهر باید بگوئیم تملیک منافع بالنسبة باطل می شود، چون منافع بعد از موتش را مالک نیست.

فرق بین عین و منافع در تقطیع

البته نسبت به منافع مشکلی نیست، چون منافع به نظر می آید غیر قار هستند و گوئی در عمود زمان به لحاظ نظر عرفی تقطیع می شوند، منفعت داخل زمان حیات خود موجر یک جور است، منافع بعد را دیگر او مالک نیست که بخواهد تملیک کند. اما نسبت به عین مرحوم شیخ این را قبول ندارد و ما هم به تبع ایشان می گوئیم که واقعا فهم عرفی این نیست که شما می گوئید. اما مرحوم سید و مرحوم آخوند و من تبعهما که گفته اند ملک عین قطعه قطعه می شود، باید تصویر معقولی بیاورند که اصلا چطور وقف تصویر می شود.

انشاءالله جلسه بعد این مسئله را دنبال می کنیم. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۱۹۹

۱۹۹ خلاصه مباحث گذشته

۲۰۰ بررسی قول اول: رجوع به ورثه موقوف علیهم

۲۰۰ ادله اړت مقتضی ادخال ترکته موقوف علیهم به وارث آنها است

۲۰۰ اشکال اول به قول اول: لزوم اړت بردن ورثه بطون قبل

۲۰۱ جواب مرحوم شیخ از اشکال اول: عین وقوفه حق بطون بعد است

۲۰۱ اشکال به جواب شیخ ره

۲۰۳ جواب مرحوم شیخ از اشکال مستشکل

۲۰۳ حق با مستشکل است نه شیخ ره

۲۰۴ وجه عدم رجوع به واقف یا ورثه اش

۲۰۵ دلیل بعضی معاصرین برای قول اول

۲۰۵ دو اشکال بعضی المعاصرین بر دلیل قول اول

۲۰۶ جواب از اشکالات بعضی المعاصرین

۲۰۷ دوران امر بین رجوع به حکم عام یا استصحاب مخصص

۲۱۰ شرح یک مثال و توضیح آن

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در ذیل مسأله ۱۶ تحریر بود. بعد از اینکه بنای صاحب تحریر بر این شد که وقف علی من ینقرض و منقطع الآخر صحیح است، بحث راجع به این است که بعد از انقراض موقوف علیهم تکلیف این مال موقوفه چه می شود؟ و در متن فرموده اند که: «و ینقضی بعد ذلک و یرجع الی الواقف أو ورثته بل خروجه عن ملکه فی بعض الصور محل منع».

حالا بحث خروج از ملک بحثی است که هم اینجا قابل طرح است و هم بعدا می آید. فعلا بحث این است که مال موقوف به چه کسی می رسد؟ آیا به واقف که مالک اصلی بود و ورثه اش بر می گردد، یا به ورثه موقوف علیهم بر می گردد و یا اینکه صرف جهات بر شود.

دیروز این سه قول را طرح کردیم.

بررسی قول اول: رجوع به ورثه موقوف علیهم

و بحث ما فعلا در نظر کسانی است که می گویند عین موقوفه به ورثه موقوف علیهم برمیگردد، که نظر شیخ مفید و صاحب سرائر و بعض دیگر است.

مرحوم شیخ انصاری فرموده بودند اگر ما در وقف قائل شویم به خروج مال از ملک واقف به ملک موقوف علیهم، رجوع این مال موقوفه به واقف یا ورثه واقف هیچ وجهی ندارد. بلکه تحت ادله ارث، میراث ورثه موقوف علیهم می شود. در عبارتی فرموده اند: «لا یدل علیه دلیل من العقل أو النقل».

ادله ارث مقتضی ادخال ترکت موقوف علیهم به وارث آنها است

چرا مال ورثه موقوف علیهم شود؟

می فرمایند ادله ارث که می گویند ما ترکه المیت فهو لوارثه (که البته ظاهرا این یک قاعده اصطیادی است از مجموع آیات و روایات) میت موقوف علیهم اند پس مال به ورثه ایشان می رسد.

اشکال اول به قول اول: لزوم ارث بردن ورثه بطون قبل

یک شبهه و جواب دقیقی اینجا وجود دارد که مرحوم شیخ متعرض شده است:

شبهه این است که اگر بناست به ورثه موقوف علیهم برسد از باب اینکه عند موت الموقوف علیه مصداق ما ترکه المیت است، خب شما چرا در جاهایی که بطون مختلف هستند و وجود هم دارند و منقرض نشده اند این حرف را نمی زنید. چرا بطن اول وقتی از دنیا می رود نمی گوئید برای ورثه اش باشد می گوئید به بطن دوم می رسد؟ چرا نمی گوئید میراث بطن اول می شود؟

جواب مرحوم شیخ از اشکال اول: عین وقوفه حق بطون بعد است

مرحوم شیخ می فرماید وجهش روشن است. در بطون دیگر مانند بطن اول وقتی از دنیا می روند این مال موقوفه یا ما ترک، متعلق حق بطون دیگر است لذا به ورثه شان ارث نمی رسد. متعلق حق بطون دیگر بودن را هم خود واقف به حسب وقف انجام داده است. یعنی واقف به حسب وقف این مال موقوفه را متعلق حق بطون قرار داده یا تملیک به بطون کرده است در عمود زمان. پس این مال که الان میت باقی گذاشته، باقی برای ورثه نگذاشته است، چون از قبل وقف مال بطون آینده است.

اما در مسأله ما وقتی منقرض می شوند، دیگر بعد الانقراض وقفی و موقوف علیهمی باقی نیست، فقط ورثه این موقوف علیه هستند. فرض این است که بطون منقرض شده اند. پس نه وقفی هست و نه بطن های بعدی موقوف علیهم هستند. کس دیگری نیست. فقط ورثه موقوف علیهم هستند. پس نتیجه این می شود که یک موقوف علیهمی بوده اند که از دنیا رفته اند و وقف منقرض شده است، این آقا یک چیزی را باقی گذاشته، شده ما ترک. ما ترک المیت فهو لواثره آن را می گیرد. پس ورثه موقوف علیهم باید این را ارث ببرند. رجوعش به واقف یا ورثه او هیچ وجهی ندارد.

اشکال به جواب شیخ ره

اینجا یک شبهه دقیقی وجود دارد و پاسخی، ببینیم این فرمایش شیخ درست است یا نه.

شبهه این است که می گویند: صدق هر وصفی از جمله بحث ما به این صورت است که برای اینکه صدق کند ما ترکه المیت باید میت در حالی که مالک این شیء هست این ترکه را برای وارث خود باقی گذارد، و الا صدق نمی کند که این آقای میت، مورث ترکه است. پس باید او این ترکه را برای بعدی ها باقی گذارد. پس باید مالک باشد که برای آنها باقی گذارد. باید واجد مالکیت این مال و ترکه باشد تا برای آنها باقی گذارد. منتهی در اینجا مشکلی وجود دارد زیرا فرض این است که از دنیا رفته است، کسی که از دنیا می رود دیگر نمی تواند مالک باشد. پس این آقای موقوف علیهم که تا امروز که حی بود مالک بود، در حین موت که ترکه ندارد، چیزی باقی نگذاشته است. پس چه جور ما معنا کنیم ما ترکه المیت فهو لوارثه. یا این ما ترک که در آیات هم تکرار شده چه جور صدق ما ترک کند که او ترک کرده و باقی گذاشته این را.

این مستشکل می گوید راهش این است که ما از این ظهور قدری عدول کنیم به اقتضاء کفایت کنیم. اینطور بگوئیم که در مواردی که میت میراثی می گذارد شخص میت اقتضاء مالکیت دارد، اقتضاء ترک دارد، یک مانعی آمده و آن موت است. موت مانع هست از اینکه بالفعل الان آقای میت مالک باشد. این موت نمی گذارد. یعنی لولا الموت اقتضاء برای مالکیت این آقای میت و مورث تمام بود و قصر و کمی نداشت، این موت است که نمی گذارد مالکیت باقی بماند، مانع از فعلیت مالکیت است. ما در باب ما ترک به همین اکتفاء می کنیم. البته اگر ما بودیم و ظاهر اولی این است که این آقا باید باشد مالک باشد و چیزی را بگذارد برای بعدی ها. ولی این نمی شود، چون در حال موت مالک نیست. اکتفاء می کنیم به اقتضاء مالکیت، یعنی همینکه این آقا لولا حیث الموت مالک بود، فقط موت آمده حال بین و بین ملکیتش، لذا می گوئیم عرفا صدق می کند که این آقا ترک این شیء یا مال را لوارثه. پس باقی گذاشتن ترکه میت از باب وجود مقتضی هست. البته انتساب فعل به فاعل از باب وجود مقتضی امری عرفی است و در بسیاری از موارد عرفا پذیرفته شده است.

بعد از این مقدمه مستشکل می گوید در باب وقف این مسأله با مشکل مواجه می شود. چرا؟ برای اینکه موقوف علیهم فقط مادام الحیات مالک بودند. وقتی که موقوف علیهم از دنیا می روند اصلا اقتضاء برای مالکیت هم ندارند. چرا؟ برای اینکه از اول که واقف برای بطون وقف کرده است، به شرط حیات تملیک این بطون کرده است، ولذا حیات شرط مالکیت آنها است. اگر این حیات نباشد اصلا اقتضاء برای مالکیت ندارند و شرط مالکیت و وقفشان موجود نیست. پس مالک نیستند، ولذا اصلا صدق ما ترک نمی کند.

دقت کنید: اشکال مستشکل به شیخ انصاری این است که اصلا صدق ما ترک نمی کند، شما چه جوری دارید توجیه می کنید قول شیخ مفید و صاحب سرائر را از باب شمول ادله ارث؟ نه، ما ترک نیست، چون اصلا اقتضاء مالکیت لما بعد الموت نداشته است. به خلاف جاهای دیگر. در جاهای دیگر هم عند الموت مالک نیست، این درست است. لذا اگر ما

بخواهیم تدقیق کنیم شاید ما ترکه المیت صدق نکند، بخاطر اینکه در حال موت که مالک نیست که چیزی را باقی گذاشته باشد. اما بعد از اینکه نمی توانیم به این ظاهر عمل کنیم، می گوئیم با وجود مقتضی عرفا دیگر صدق می کند و با توجه به این شرائطی که هست صدق عرفی دارد. اما اینجا اقتضاء هم وجود ندارد. از اول بطون مادام الحیات مالک بودند، یعنی عند الموت اقتضاء مالکیت هم تمام شد. حالا که اقتضاء تمام شد پس صدق ما ترک نمی کند.

این اشکال مستشکل است که ایشان به تفصیل آورده است.

جواب مرحوم شیخ از اشکال مستشکل

مرحوم شیخ به این اشکال جواب می دهد، می فرماید این دقتها عقلی است، و باب فقه و فهم احکام شرعی و روایات بر اساس این دقتها نیست. این دقتهای عقلی در مفاهیمی که در موضوعات احکام اخذ شده راهی ندارد، ما هستیم و عرف. و مرحوم شیخ ادعا می کند که در عرف وقتی کسی می میرد می گویند صدق می کند که آنکه ترک الشیء. وقتی که مات عن الشیء، تا دم موتش مالک شیئی بود، حالا که می میرد می گوید صدق می کند مات عن هذا الشیء، یعنی ترکه لواثره. صدق می کند که ترکه. عرف این است. و عرف کاری به دقتهای فلسفی که شما می کنید که اقتضاء و مانع کاری ندارد.

حق با مستشکل است نه شیخ ره

منتهی به نظر من حق با مستشکل است. درست است که دخالت حیات در اقتضاء یا مانعیت عدم آن بحثی فلسفی است، ولی منافات ندارد که در مقام تحلیل کار عرف باشد. سؤال این است که عرف وقتی از دور نگاه می کند به یک شخصی که آمد مالکیتش تا دم موتش بوده قبول می کند که بگویند ترک لواثره؟ به نظر می آید که عرف اصلاً قبول نمی کند.

گاهی می خواهیم بر اساس یک بحث فلسفی بنائی فقهی بگذاریم {ممکن است اشکال را بپذیریم} اما یک وقت می خواهیم بر اساس بحث فلسفی کار عرف را تحلیل کنیم.

ما می گوئیم عند العرف هم این چیزی که مرحوم شیخ می فرمایند درست نیست. عند العرف هم همینکه انسان مالک چیزی در زمان حیاتش باشد و مات عن شیء که کان مالکا فی زمان حیاتہ، برای صدق عرفی ترکه المیت کافی نیست. وقتی از دور نگاه می کنیم به این {موقوف علیهمی که متقاضی شده اند} می بینیم اصلا آمد مالکیشان تا زمان موت بوده است. گوئی (با یک تشبیه و تنظیر عرض می کنم) عرف، ورثه را امتداد مالکیت مالک می دانند. اگر چیزی خودش قابلیت امتداد ندارد چه چیزی را در اختیار ورثه می خواهد بگذارد؟ به خلاف جاهای دیگر. فرض کنید که من با حیات مالک شدم، ادله حیات بگوید تو مالکی للتالی. خب حالا که من از دنیا رفتم تنها مانع مالکیت من عبارت است از اینکه من حیات ندارم. ورثه من گوئی امتداد من هستند، آنها این مالکیت را دارند. اما در بحث ما که بحث موقوف علیهم هست، اصلا خود این شیء قابلیت بقاء ندارد. چرا؟ چون اصلا ملکیت محدود به زمان حیات بوده است. بیش از این خود ملکیت اقتضاء استمرار ندارد، ولو ورثه اصلا فرض کنید با من یکی باشند. اشکال این است که که خب چیزی نیست تا مالک شوند. بحث هم عرفی است، اتفاقا بحث فلسفی نیست. منتهی گاهی باید عرف را تحلیل کنیم. عرف اینجا را نمی گوید ترکه المیت. چرا نمی گوید؟ برای اینکه در جاهای دیگر اقتضاء را می بیند اینجا نمی بیند. این بیان فلسفی و دقیق همان چیزی است که عرف دارد انجام می دهد. لذا ما نمی خواهیم در فهم از حد عرف بیرون برویم. می خواهیم توجیه کنیم و تحلیل کنیم که چرا عرف اینطوری می فهمد. ولذا به نظر ما حق با همین مستشکل است و حقا اینجا ما ترکه المیت صدق نمی کند. بنابر این دلیلی برای شمول ادله ارث برای این ورثه نداریم.

وجه عدم رجوع به واقف یا ورثه اش

بله! یک حرف دیگر باقی می ماند که خود شیخ هم متعرض است. ایشان می گوید حالا اگر هم این حرف را از ما نپذیرفتید که ادله میراث اینجا می آید، بفرمائید که میراث ورثه موقوف علیهم نمی شود، ولی رجوعش به مالک اول و واقف این هم وجهی ندارد. برای چه به او برگردد.

البته ما دیروز در ادله قائلین به رجوع به ورثه واقف وجهش را گفتیم، آنهایی که می گویند ارث واق و ورثه او می شود عمدتا دو بیان دارند که دوباره عرض می کنیم که می آید.

پس تا اینجا شمول ادله ارث به نظر ما مشکل است، ولی این ثابت نمی کند که به واقف یا ورثه واقف برمی گردد. برگشت به او هم دلیل می خواهد، منتهی باید ادله قائلین را هم ببینیم تا بعد ببینیم درست است یا نه.

دلیل بعضی معاصرین برای قول اول

قبل از اینکه به آنجا برسیم یک مطلبی را عرض کنم: برخی از علمای حاضر از فقهاء زمان ما همین قول را نقل می کنند از شیخ مفید، بعد می فرمایند واختاره ابن اردیس فی السرائر مستدلاً بانتقال الملك الى الموقوف علیه قبل الانقراض فیستصحب. استدلال صاحب سرائر این است که قبل از انقراض که موقوف علیهم مالک بودند، این استصحاب پیدا می کند. ما قبلاً در بحث حبس این فرمایش سرائر و فرمایش شیخ طوسی را آوردیم و اشکال شیخ انصاری ره را به سرائر آوردیم. اینکه می گوید این مالکیت استمرار پیدا می کند فیستصحب، چون سرائر گفته بود که إنا نکیله بصاعه، گفته بود که ما همان بیانی که شیخ طوسی آورده بود که استصحاب ملک واقف کرد حالا نکیله بصاعه در اینکه استصحاب ملک موقوف علیهم می کنیم. مرحوم شیخ فرمود قد طفف فی المکیال، ابن اردیس این مکیال را تمام نکرده و ناقص گذاشته. چرا؟ برای اینکه جای استصحاب نیست. فرض این است که موقوف علیهم انقراض پیدا کرده اند و از بین رفته اند و وقف تمام شد شما چه چیزی را استصحاب می کنید؟ دیگر استصحاب ملکیت وقفی وجهی ندارد. خودشان که از دنیا رفته اند قطعاً مالک نیستند، وقف هم که تمام شده به انقراضشان، این هم که مسلم است، استصحاب چه چیزی می کنید؟ لذا فرموده بود قد طفف فی المکیال این حرف مرحوم شیخ انصاری.

دو اشکال بعضی المعاصرین بر دلیل قول اول

منتهی برخی از فقهای دو اشکال بر این قول و استدلال صاحب سرائر کرده اند، گفته اند یلاحظ علیه: «أن المورث إنما ملكه على الوجه المزبور مادام الشخص موجوداً، فلا يدخل في تركة الموقوف عليه حتى تشمله أدلة الارث».

اشکال اول ایشان این است که: خود موقوف علیهم که می خواهد منقرض شود مالک شده بود علی الوجه المزبور. وجه مزبور یعنی چی؟ یعنی مادام الحیات، مادامی که شخص موجود است. می گویند اگر اینطور شد فلا یدخل فی ترکه الموقوف علیه حتی تشمله ادلة الارث. در ترکه موقوف علیهم وارد نمی شود و قرار نمی گیرد تا ادله ارث شامل او بشود. حالا سؤال این است که چرا جزء ترکه موقوف علیهم نیست؟ مگر در جاهای دیگر که کسی از دنیا می رود بعد از دنیا رفتن او مالک است؟ وقتی از دنیا رفت که مالک نیست. چطور آنجا ترکه می شود و اینجا ترکه نیست؟ هیچ توضیحی نداده اند. در حالی که ما باید از ایشان مطالبه کنیم. مگر در جاهای دیگر که ما قائلیم کسی که از دنیا رفت ترکه لوارثه چه جوری است، با اینکه مالک نیست در حین موت. بیان فنی اش همان است که در کلام مستشکلی که شیخ انصاری نقل فرموده بود است. اگر شما آن را نیاورید اصلاً این معنایی ندارد. می فرمایند فلا یدخل فی ترکه الموقوف علیه، چرا لا یدخل؟ مگر در جاهای دیگر مالکیت مشروط به حیات نیست؟ وقتی کسی از دنیا می رود مگر مالک است؟ مالک نیست. نه فقط در وقف بلکه همه جا همین است. بنده مالک این کتاب هستم، وقتی از دنیا رفتم دیگر مالک نیستم. چرا در آنجا جزء ما ترک هست و اینجا نیست؟ هیچ استدلال و بیانی نیست. بیان فنی اش همان است که در بیان مستشکل در فرمایش مرحوم شیخ انصاری آمده بود تا ببینیم جوابش چه می شود.

بعد فرموده اند: «وبعبارة اخرى أن المورد مما يرجع فيه الى عموم الدليل لا الى استصحاب حكم المخصص فلاحظ». گفته اند به عبارت دیگر، مورد از مواردی است که به عموم عام رجوع می کنیم نه به استصحاب حکم مخصص، فلاحظ.

جواب از اشکالات بعض المعاصرین

ما که نفهمیدیم اینجا چه معجزه ای رخ داد. خود این مطلب که اینجا مورد، مورد عموم عام است نه استصحاب مخصص، بحثی دارد که الان خواهیم گفت. منتهی قبل از آن این عبارة اخرى را نفهمیدیم یعنی چه. ببینید شما در دلیل اولتان می گوئید ما ترکه المیت بر آنچه که موقوف علیهم باقی گذاشته است صدق نمی کند. که گفتیم از کجا می گوئید صدق نمی کند؟ شما بیانی نگفتید. حالا کاری به این نداریم، این دلیل درست یا غلط سر جای خودش. اما بعد فرمودید عبارة اخرى، این چه عبارت اخرای آن است؟ اینی که اینجا جای عموم عام است نه استصحاب مخصص، ربطش به آن قبلی چیست؟ ما که نفهمیدیم. حالا دوستان عنایت کنند فکر کنند ببینند توجیهی پیدا می کنند. عبارة اخرى که می فرماید

مورد، مورد رجوع به عام است، علی الظاهر مقصود این است که به عموم عام یعنی عموم دلیلی که ملکیت را برای واقف ثابت کرده است. مثلاً عموم دلیل حیازت «من حاز ملک»، این آقا حیازت کرده، این دلیل نسبت به او عموم ازمانی دارد. یعنی ملکیت را برای او نسبت به تمام ازمان اثبات می کند. بعد ما بگوئیم در برهه ای که موقوف علیهم زنده هستند، بطنهایی که موجود می شوند مالک می شوند و از عموم من حاز ملک خارج می شوند. بعدش چه می شود؟ ایشان گوئی از حرف مستصحب اینطور فهمیده است که بعد استصحاب می کنیم مالکیت را. ولی ایشان می گوید جای این نیست، بلکه جای رجوع به عموم عام است نه استصحاب حکم مخصص. حکم مخصص چیست؟ ادله وقف که آمده این را از تحت من حاز ملک بیرون برده و ملک موقوف علیهم کرده است. خب تا کی؟ تا زمان انقراض. بعدش چی؟ استصحاب حکم مخصص کنیم. ایشان می گوید این جا ندارد، اینجا محل رجوع به عموم عام است نه استصحاب حکم مخصص. هیچ بیانی هم بر این نیاورده اند. دلیل ایشان یک طلب از ما. شما که می فرمائید مورد از موارد رجوع به عموم عام است نه استصحاب مخصص از کجا این را می فرمائید؟ که حالا ما می گوئیم سرش چیست، که اصلاً این درست نیست علی الظاهر ولی عرض می کنیم معیارش چیست. منتهی قبل از آن ما این عبارتة اخری را نفهمیدیم. این خودش یک بحثی است.

یک بحث این است که ادله ارث شامل حال موقوف علیهم می شود یا نه؟ این یک بحث است. یک بحث دیگر این است که حالا اصلاً شامل بشود یا نشود، فرض کنیم شامل نمی شود که شما فرمودید، یک بحث دیگر این است که استصحاب جا دارد یا ندارد و اینجا محل رجوع به استصحاب است یا به عموم عام، این یک بحث دیگری است ربطی به ادله ارث ندارد. ما نمی فهمیم این عبارتة اخری یعنی چه. اینجا حتماً اشتباهی رخ داده است. البته همیشه من خودم را در فهمم متهم می کنم که لعل یک نکته ای هست که ما نمی فهمیم. حالا دوستان دقت کنند به نظر من وجهی ندارد، این اصلاً عبارتة اخرای آن نیست.

دوران امر بین رجوع به حکم عام یا استصحاب مخصص

اما اصل این مطلب درست است یا نه؟ آن هم قابل بحث است. چرا قابل بحث است؟ ما در اصول در دو جا این بحث را داریم و در فقه هم الی ماشاءالله مثال پیدا می شود، در مکاسب و در جاهای دیگری این مسأله مصداقهای زیادی پیدا می کند که آیا مورد جای استصحاب مخصص است یا جای عموم عام است.

ببینید در اصول هم در بحث استصحاب و هم در بحث عموم این مسأله طرح شده است. یکی از جاهای دشوار رسائل همین بحث این است که آیا مورد جای استصحاب حکم مخصص است یا عموم عام، و اینطور که از خیلی سابق یاد می آید عبارتی در همین مبحث در رسائل هست که در بعضی نسخه ها قلم خورده و در حاشیه نوشته شده، و ظاهراً آن درست است. و مرحوم نائینی می فرماید آن چیزی که شطب علیه فی المتن و در حاشیه آورده آن درست است. عبارت رسائل اینجا خیلی دشوار است.

اما اصل مسأله چیست؟ در کفایه و محققین بعد گفته اند: ما هم در ناحیه دلیل عام و هم در ناحیه دلیل خاص باید دو مسأله را حل کنیم. آیا نحوه دلالت دلیل در ناحیه عام و در ناحیه خاص طوری است که زمان را مکتّر گرفته یا زمان را به نحو استمرار دیده است. در هر دو باید ملاحظه کنیم. ظاهر عبارات مرحوم شیخ در رسائل این است که به این دقت نکرده اند که در هر دو لازم است. مثلاً مولا گفته اکرم کل عالم، بعد آقای زید را که عالم است در برهه فسقش از تحت عموم عام خارج کرده است. حال اگر فسق در برهه ای بر او عارض شد و بعد توبه کرد و عادل شد شک می کنیم که الان باید رجوع کنیم به عموم عام و اکرامش کنیم یا استصحاب بقاء همان حال سابق که خروج پیدا کرده بود یعنی استصحاب مخصص کنیم. مرحوم آخوند در کفایه می فرماید شما هم در دلیل عام که اکرم کل عالم است باید ببینید زمان مکتّر است یا به نحو یک امر استمراری وحدانی اخذ شده، و هم در ناحیه مخصص باید این را ملاحظه کنید. اگر در ناحیه عام به صورت مکتّر باشد، یعنی گوئی قطعات زمان موجب می شود فرد فرد عام درست شود. مانند اینکه زید در روز جمعه، زید در روز شنبه، زید در روز یکشنبه مصداق اکرم کل عالم شود. آنوقت در ناحیه خاص اگر زمان مکتّر باشد جای استصحاب نیست. چون قطعه قطعه می شود و موضوع تغییر می کند جای استصحاب نیست. اما اگر زمان مکتّر نباشد و به حالت استمرار باشد، جای استصحاب بقاء است.

پس ما برای اینکه استصحاب مخصص داشته باشیم و بحث شود که آیا مقدم بر عموم عام است یا نه، باید حل کنیم که یک حکم داریم یا نه؟ اگر یک حکم باشد، وقتی زید از تحت عموم عام خارج شد دیگر برای همیشه خارج شده است. دیگر اصلاً جای بحث نیست که بعد از اینکه زید از فسق بیرون آمد و عادل شد آیا تحت اکرم کل عالم می رود یا نمی رود. جای این بحث نیست. چون یک شمول داشت، آن یک شمول هم با تخصیص بیرون رفت. اما اگر زمان مکتّر باشد و آقا زید شنبه و یکشنبه و دوشنبه با هم فرق کنند، جای بحث هست که عموم عام زمان را گرفته، آیا جای شمول عام است یا حکم مخصص، ممکن است بگوئیم جای شمول عام است چون در جائی که عموم داشته باشیم استصحاب جا ندارد ولو مورد داشته باشد.

اینجا که این عالم بزرگوار فرموده اند در مقام مورد مما یرجع فیه الی عموم الدلیل لا الی استصحاب حکم المخصص، می گوئیم چطور شد و از کجا شما همچنین چیزی فرمودید؟ شما اول باید تنقیح کنید. دلیل عامتان چه جوری گرفته است؟ مگر همیشه یک جور است؟ ما بیع داریم که دلیل ملکیت واقف است، حیارت هم داریم، ارث هم داریم، شما باید اول این را تنقیح می کردید که در دلیلتان زمان مکتّر است یا وحدانی است. در ناحیه خاص هم باید می فرمودید که زمان مکتّر است یا نه. مثلاً اگر زمان مکتّر باشد واضح است که جای استصحاب مخصص نیست. باید این را حل می فرمودید که نکردید. باید موردی بحث کنیم که دلیل ما که عموم ما را در ناحیه واقف تشکیل می دهد که خرج عنه الملكية فی زمان الوقف چه جور بوده و حالا در ناحیه مخصص چه جور است.

و اینکه می گوئید لا الی استصحاب حکم مخصص اشکال دیگری هم دارد، اشکال به اینکه همان چیزی که شیخ انصاری اعلی الله مقامه فرمود در بحث وقف اصلاً استصحاب جا ندارد. نه از باب اینکه شما می فرمایید که عموم عام حاکم است، نه، خودش قابل استصحاب نیست. خب این موقوف علیهم از دنیا رفته چطور استصحاب کنیم و برای چه کسی استصحاب کنیم ملک را؟ برای ورثه؟ آنها که هنوز نیامده اند. برای خودش هم که معنا ندارد استصحاب کنیم، وقف منقضی شده و خودش هم از دنیا رفته، استصحاب برای چه کسی کنیم. پس اشکال استصحاب چیز دیگری است، نه از باب اینکه اینجا محل رجوع به عام است نه حکم مخصص، که اگر بنا بود این باشد از شما طلب داریم که باید تنقیح می فرمودید که دلیل عمومیتان چیست، زمان در خرج عنه الوقف چگونه بوده آیا مکتّر بوده یا نبوده.

و اگر دوستان عنایت کنند ما در بحث سابق در دفاع از شیخ انصاری گفتیم زمان در ملک مکتّر نیست. این نکته دقیقی است، این غیر از بحث قبلی است. این در واقع تأیید این است که اصلاً جازمانه بگوئیم نه اینکه فقط طلب الدلیل کنیم که جناب استاد شما این را از کجا آوردید که می فرمایید مورد مما یرجع فیه الی عموم. این را هم تنقیح نفرمودید. نفرمودید کدام دلیل زمان در آن چه جوری شده است. اما الان یک حرف جازمانه می زنیم، می گوئیم ادله ملک هر چه می خواهد باشد، می خواهد بیع باشد، می خواهد حیات باشد، می خواهد ارث باشد، چون ملکیت قابل تقطیع زمانی نیست ادله اش اصلاً مکتّر نیست و زمان در آن مکتّر نیست. این تنقیح و تحقیق شیخ انصاری بود که در قبال مرحوم صاحب عروه و آخوند و دیگران ما از ایشان دفاع کردیم، که علی الظاهر در اعتبارات عقلانی برای ملک در اعیان (نه منافع) زمان مکتّر نیست. پس کل بحث شما هم نادرست است. زمان مکتّر نیست، نه عموم عام داریم، چون دلالتش بر ملک وحدانی است، یک خروج پیدا کرد تمام شد، دیگر شما رجوع دیگری به عام ندارید. و جای استصحاب مخصص هم نیست به دلیلی که شیخ انصاری فرمود.

این بحث تمام.

شرح یک مثال و توضیح آن

یک جمله هم دارند این را هم عرض کنم دوستان فکر کنند تا جلسه بعد. ما در جواب شیخ انصاری عرض کردیم که ظاهراً شمول ما ترک المیت در مورد موقوف علیهم دشوار است و شیخ فرمود نه، عرفاً ما ترک اینجا صدق می کند.

من به ذهنم یک مثال عجیب و غریب آمده، دوستان روی آن فکر کنند تا جلسه بعد: در باب اجاره یک فرعی مطرح است، اگر کسی یک مسکنی را یکساله اجاره داد، وسط سال مستأجر از دنیا برود، اقوی این است که به موت موجر یا مستأجر اجاره باطل نمی شود (الا در صور خاصی از وقف، صور خاصی از وصیت، که آنها محل بحث ما نیست، محل بحث ما مثالهای عادی است). کسی مسکنی را اجاره داد وسط سال مستأجر از دنیا رفت، علی القاعده علی الاقوایی که گفته می شود اجاره باطل نمی شود، این ملکیت منافع باقیمانده می شود ما ترک میت و می شود مال ورثه. سؤال من این است که جناب شیخ انصاری در این مثال چه می فرمایند که اگر این آقای مستأجر درست لحظه ای که مالکیت منفعتش تمام می شد از دنیا رفت. مثلاً یک ساله اجاره کرده بود، یک سال مالک سکنا دار بود، همان لحظه ای که پایان سکنی است از دنیا رفت، آیا صدق می کند که منافع این ماترک است برای ورثه مستأجر؟ هیچ کس نمیگوید. این شبیه وقف ما است، روی آن فکر کنید تا جلسه بعد.

«والسلام علیکم و رحمة الله وبرکاته»

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۲۱۱
- خلاصه مباحث گذشته ۲۱۱
- ادله رجوع به واقف یا ورثه او ۲۱۲
- بررسی شمول ما ترکه المیت فهو لوارثه بر مقام ۲۱۳
- اهمیت بحث از روایت یا قاعده بودن ما ترکه المیت فهو لوارثه ۲۱۳
- بررسی این عبارت در کتب فقها ۲۱۳
- بررسی مدارک این تعبیر در روایات ۲۱۵
- عبارات مستدرک در نقل این مضمون ۲۱۶
- عبارت کافی در نقل مضمون این عبارت ۲۱۶
- عبارات شیخ صدوق در سه کتابش در نقل این مضمون ۲۱۷
- دو عبارت در تفسیر قمی در نقل این مضمون ۲۱۷
- دلیل اول بر رجوع مال موقوفه به واقف یا ورثه اش ۲۱۸
- تقریر مرحوم سید از دلیل اول ۲۲۰
- بررسی تقریر مرحوم سید ۲۲۰
- عدم دلیل بر خروج مال از ملک واقف نظر سید را ثابت می کند ۲۲۱

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در ذیل مسأله ۱۶ تحریر بود راجع به اینکه اگر در بحث وقف علی من ینقرض به صحت وقف قائل شدیم همانطور که حضرت امام قدس سره در متن تحریر قائل به صحت شده اند تکلیف این مال موقوفه بعد از انقراض موقوف علیهم چه می شود؟

مرحوم امام مانند مشهور فقهاء قائل شده اند عین موقوفه به واقف یا ورثه واقف باز می گردد.

دو قول دیگر در باب وجود دارد: یکی قول شیخ مفید اعلی الله مقامه و ابن ادریس و عده ای از فقهاء که قائلند مال به ورثه موقوف علیهم می رسد. قول سوم هم نظر مرحوم ابن زهره است که می گوید: چون ادله رجوع مال موقوفه به ورثه موقوف علیهم و ورثه واقف تمام نیست، باید صرف وجوه بر شود که به یک معنا به اصل هدف واقف نزدیک است.

عرض کردیم در استدلالهایی که به نفع مرحوم شیخ مفید در قولش به میراث رسیدن این مال موقوفه به ورثه موقوف علیهم هست، استصحابی بود که ابن ادریس فرموده بود، و فرمایش مرحوم شیخ انصاری بود که می فرمودند کبری و عموم «ما ترکه المیت فهو لوارثه» شامل اینجا هم می شود شامل مال موقوف علیهم می شود، موقوف علیهم از دنیا رفته اند پس ورثه آنها ارث می برند.

اینجا شبهه ای را خود ایشان طرح کرده اند و جواب داده اند و یک شبهه دیگری قابل طرح است که آن را هم باز خود ایشان طرح کرده اند ولی از آن جواب داده اند. منتهی ما شبهه را تقویت کرده ایم، و در نتیجه عرض کردیم به نظر می آید شمول این کبری و عموم ما ترکه المیت فهو لوارثه نسبت به این مورد علی الظاهر تمام نیست.

منتهی مرحوم شیخ انصاری فرموده بودند بر فرض هم که این عموم شامل مقام نشود، رجوع به واقف و ورثه واقف هم وجهی ندارد. می توان گفت در وجوه بر مصرف شود و گرنه رجوع به ورثه واقف چه وجهی دارد؟

ما فرمایش عده ای را که در این استدلال تشکیک کرده اند تقویت کردیم و عرض کردیم علی الظاهر شمول عموم در اینجا مشکل است.

ادله رجوع به واقف یا ورثه او

اقلاً دو بیان به نفع کسانی که می گویند مال موقوفه بعد انقراض موقوف علیهم به واقف یا ورثه واقف می رسد وجود دارد:

یک بیان فرمایشی است که مرحوم صاحب عروه دارد از این باب که حقیقت وقف ایقاف است، مرحوم آخوند نیز شبیه همین نظر را دارند که می فرمایند وقف مرتبه عالیّه ای از حبس است. بیان این دو گرچه با هم فرق دارد ولیکن در جهت بحث ما تفاوتی ندارد، زیرا بنابر هر دو نظر علی الظاهر در وقف عین موقوفه به ملک واقف باقی می ماند مگر اینکه جهتی عارضی بیاید و عین را از ملک واقف بیرون کند.

و بیان دیگری هم وجود دارد که حتی بنابر اینکه عین موقوفه از ملک واقف بیرون رود و به ملک موقوف علیهم درآید، باز هم ادعا کنیم که بعد از انقراض به واقف و ورثه واقف برمی گردد.

اینها دو بیان هستند که انشاءالله یک به یک تنقیح می کنیم. منتهی باید نسبتشان را با نظر شیخ انصاری اعلی الله مقامه نیز حل کنیم. بنابراینکه عین موقوفه ملک موقوف علیهم شود باید ببینیم نسبتش با ادله میراث چه می شود.

بررسی شمول ما ترکه المیت فهو لوارثه بر مقام

منتهی قبل از اینکه ما به این مسأله برسیم باید این کبرایی که مرحوم شیخ در اینجا فرموده که ما ترکه المیت فهو لوارثه را بررسی کنیم. مرحوم آخوند به همین کبری هم اشاره کرده است که در ضمن بحث ایشان خواهد آمد. این مطلب را اینجا برای این مطرح می کنیم که فرموده اند: اطلاق ما ترکه المیت فلوارثه عرفاً ممکن است همین مورد موقوف علیهم را نیز شامل شود.

اهمیت بحث از روایت یا قاعده بودن ما ترکه المیت فهو لوارثه

محققین رساله مرحوم آخوند در وقف فرموده اند ظاهراً تعبیر «ما ترکه المیت فلوارثه» یک قاعده فقهی است. مقصودشان این است که متن روایت نیست. به کتاب جواهر و حاشیه مکاسب مرحوم اصفهانی هم ارجاع داده اند که ظاهر آنها این است که این قاعده است.

البته جواهر نگفته قاعده است، صاحب جواهر این را مرسله نبوی یا اصلاً نبوی گرفته (تعبیر به مرسله هم نکرده و گفته نبوی)، و این ظاهرش قاعده نیست و روایت است.

ما باید در این دقت کنیم هم از این جهت که ببینیم آیا به عنوان روایت ثابت است یا نه، و هم از جهت بحث حاضر که بنابر قول به رجوع مال موقوفه بعد الانقراض از موقوف علیهم به واقف یا ورثه واقف در بعض صور نیاز به استصحاب داریم که لسان دلیل ارث علی الظاهر در این استصحاب اهمیت زیادی دارد. لذا هم به خاطر ثبوت این مضمون و هم احراز تعبیر برای استصحاب نیاز به بررسی مستند این قاعده داریم.

بررسی این عبارت در کتب فقها

اینکه فرموده اند قاعده هست، شاید همینطور است، قاعده اصطیادی است به این تعبیر. چون با یک فحص اجمالی که از طریق رایانه کردیم عبارت ما ترکه المیت در روایات ما نیست. برخی اینطور آورده اند ما ترکه المیت من حق او مال فلوارثه.

این تعبیر را ظاهراً حضرت امام در خیاراتشان دارند، و مرحوم حاج آقا مصطفی خمینی هم در تحریرات فقهی شان در بحث خیارات می گویند «ما ترکه المیت فهو لوارثه یا فلوارثه» این مأخوذ از این روایت است که «ما ترکه المیت من حق أو مال فللوارثه» و می گویند این انجبارش هم معلوم نیست. علی الظاهر توجه داشته اند که این دومی ظاهراً گفته اند روایت عامی است، که در این هم تشکیک است که الان عرض می کنم. و در روایات ما همچنین تعبیری نیست.

مرحوم صاحب مسالک در کتاب شفعه فرموده است: «وقوله صلی الله علیه وآله ما ترک المیت من حق فلوارثه». بعد مصححین مسالک فرموده اند: «لم نجد بهذا اللفظ فی الجوامع الحدیثیة للعامة و الخاصة». بعد گفته اند «نعم ورد بلفظ من ترک مالا فللوارثه أو فلوارثه»، این را از فقیه نقل کرده اند که ما می آوریم و در وسائل در بحث ابواب ولاء ضمان الجريرة هست، و از مسند احمد هم نقل کرده اند.

عرض کردم که در تحریرات فقه گفته اند: ثابت نیست در باب حق، سنت بدین صورت باشد که «ما ترکه المیت أو میت فهو لوارثه»، می گویند ما همچنین چیزی نداریم بلکه این اخذ شده است از «ما ترکه المیت من مال أو حق فهو لوارثه». بعد محققین این تحریرات فقه مرحوم حاج آقا مصطفی در ذیلش فرموده اند: «لم نثر علی هذه الرواية فی المجامیع الروایة» که اینطور ما ترکه المیت من مال أو حق فلوارثه. ما همچنین چیزی نداریم. گفته اند «نعم وردت فی مسند ابن حنبل^۱ من ترک مالا فوارثه». بعد هم گفته اند: «لاحظ ریاض المسائل و جواهر الکلام و مکاسب الشیخ»^۲.

و این ذیلش یک قدری عجیب است. «من ترک مالا فلوارثه» در مجامع ما خیلی وارد شده است که حالا می خوانیم. آن حرف بالا درست است که «ما ترکه المیت من مال أو حق فهو لوارثه» یعنی عنوان «المیت» آمده باشد و بعد هم «حق» آمده باشد (که هم ظاهراً حضرت امام در تقریراتشان آمده و هم ایشان آورده اند)، این را گفته اند در هیچ کجا نیست. خب حالا این را من مراجعه نکرده ام، در کتب شیعه که نداریم، اصلاً ما ترکه المیت نداریم، حالا با این ترکیب وسیعتر که فرموده اند در مجامع روائی اهل سنت هم نیست. اما این ذیل را که من ترک مالا فلوارثه که از مسند ابن حنبل نقل کرده اند، خب این الی ما شاء الله در روایات ما هست که حالا می خوانم. وعنده هم همین است. حتی از بهترش هم وجود دارد که تعبیر موت هم دارد، «من مات و ترک مالا» هم آمده است. پس این فرمایش بزرگوایان خیلی غریب است.

^۱ - مسند احمد بن حنبل جلد ۴ صفحه ۱۳۳

^۲ - تحریرات فی الفقه، کتاب الخیارات، ج ۴، ص ۲۷۲.

بررسی مدارک این تعبیر در روایات

لذا به نظرم خیلی مهم است که ما تا یک حدی بدانیم که آیا این روایات هست و چه جور نقل شده است.

در وسائل جلد ۲۷ ابواب ولاء ضمان جریره در باب سوم این ابواب، ۱۴ روایت هست، دو سه روایت از اینها مشتمل بر فقره ای است که این بحث ما در آن هست:

یکی در روایت چهارم که سندش هم خوب است: «عن علی بن ابراهیم عن ایبه عن ابن ابی عمیر عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن ابی عبدالله علیه السلام قال: من مات و ترک دنیا فعلىنا دینه و الینا عیاله، و من مات و ترک مالا فلورثته، و من مات و لیس له موالی فماله من الانفال»

این بحث فوق العاده مهمی است، اصلاً خودش یک بابی است که مدین اگر معسر بود دین او را چه کسی باید اداء کند. مؤونه عیال اشخاص اگر نتوانند به آنها برسد از کجا تأمین می شود؟ و روایات عجیبی است، حالا من بعضی از آنها را می خوانم که اینها با حاکم مسلمین است. بیانات ائمه علیهم السلام خصوصاً پیامبر اکرم صلوات الله علیه خیلی عجیب است. و در روایتی دارد جمعی از یهود بخاطر این بیان حضرت مسلمان شدند، که حضرت فرمود اگر مالی باقی گذاشتید برای ورثه تان، ولی اگر مال نداشتید و مؤونه عیالتان را نداشتید و مشکلات داشتید، ما آن را به عهده می گیریم و اداء می کنیم. پیامبر می فرماید فإلی و علی. خیلی روایات عجیبی است. وبعد هم پیامبر صلی الله علیه وآله می گویند امیرالمؤمنین هم همینطور است. حتی ظاهراً در حدیث خم آنجا که «النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم» را که در آیه شریفه است تطبیق می فرمایند باز در ذیلش همین مطلب را می فرمایند و امیرالمؤمنین علیه السلام را داخل در این مسأله می کنند. در بعضی روایات هم دارد که پیامبر و امیرالمؤمنین ابوا هذه الامة. خلاصه در ذیل اینها این مضمون کثیر التکرار است. حالا عبارت آن روایت را بعداً می خوانم. اینجا در این روایت چهارم که سندش روی مسلک قوم صحیحه است و روی مسلک ما نیز که اصلاً نیاز به سند اینطوری نداریم؛ آمده است «من مات و ترک مالا فلورثته» که این روایت عنوان «موت» هم دارد منتهی نه عنوان «ما ترکه المیت». به نظرم از این می توان نکته دقیق برای بحث استصحاب استفاده کرد که عرض می کنم.

در همین باب در روایت چهاردهم که روایت فقیه است و علی الظاهر سندش روی مسلک قوم صحیح است، مرحوم صدوق با اسنادش از نصر بن سويد از یحیی بن الحلبي عن ایوب بن عطية الحذاء قال سمعت ابا عبدالله علیه السلام یقول: «کان رسول الله صلی الله علیه وآله یقول أنا اولى بكل مؤمن من نفسه و من ترک مالا فللوارث و من ترک دیناً أو ضیاعاً فإلی»

و علی». ضیاع را به معنای عیال معنا کرده اند کسانی که عیالاتی باقی گذاشته اند فالی ظاهر را یعنی باید به من رجوع کنند، و علی یعنی بر عهده من هست نفقه آنها و دینی که باقی گذاشته اند.

که حالا بحث دین و نفقه خودش بحثی دارد، ولی واقعا باب مهمی است که اگر برای حکومت اسلامی اداء دین مدیون معسر ممکن باشد باید ادا کند. حال اینکه کی و تا چه وقتی صبر کنند بحث دیگری است. ولی نفس این حکم واقعا مهم است. مخصوصا در زمان ما که سختگیری های خاصی می شود باید روی آن کار کرد.

آنچه در این بحث به ما مربوط است این تعبیر است که: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و من ترک مالا فللوارث».

در این عبارت لفظ «میت» ندارد، «ما ترکه المیت» ندارد، بلکه دارد «من ترک مالا». ولی به نظر خیلی روشن است که در این عبارت عنوان موت را نیاورده ولی مفروغ عنه و از بدیهیات است، کسی که این تعبیر را بخواند می داند که این مال میت است. یعنی من ترک مالا و هو میت فللوارث. پس این تعبیر در روایات هست. آنجا هم این بود که من مات و ترک مالا فلورثته. پس این مضمون در روایات صحاح هم هست.

عبارات مستدرک در نقل این مضمون

آنوقت در مستدرک همین مضمون را از کتابهای متعدد شیخ صدوق ره نقل می کند. می فرماید: صدوق در معانی الاخبار روایت می کند از امام رضا علیه السلام قال: «صعد النبی صلی الله علیه وآله المنبر، فقال من ترک دینا أو ضیاعا فعلىّ و الیّ و من ترک مالا فلورثته، فصار بذلک أولى بهم من آبائهم و امهاتهم» این تعلیل برای این است که چرا نبی اولی بالمؤمنین من انفسهم هست و محل استشهاد این عبارت «من ترک مالا فلورثته» است.

عبارت کافی در نقل مضمون این عبارت

در کافی در جلد اول روایتی وارد شده است که علی الظاهر سندش روی مسلک قوم تمام نیست، ولی ما آن را قبول داریم خصوصا که مضمونش در روایات دیگر هم کثیر التکرار است. آنجا دارد عن ابی عبدالله علیه السلام: «أن النبی صلی الله علیه وآله قال: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و علی علیه السلام أولى به من بعدی (این مازاد این روایت است). فقیل له ما معنی ذلک؟ فقال قول النبی صلی الله علیه وآله من ترک دینا أو ضیاعا فعلىّ و من ترک مالا فلورثته». این هم آن قسمتی است که مربوط به ما است. ذیل همین روایت در کافی دارد که: «فمن ذلک صاروا أولى بهم من انفسهم و ما کان سبب اسلام عامة اليهود الا من بعد هذا القول من رسول الله صلی الله علیه وآله و أنهم آمنوا علی انفسهم و علی عیالاتهم».

در مستدرک، باب ۹ از ابواب دین وقرض، جلد ۱۳ مستدرک. بابی است که چند روایت دیگر هم نظیر همین در آن آمده هست. روایت پنجم همین باب از شیخ مفید در مجالس همین مضمون تکرار شده است: «قال سمعت ابا عبدالله علیه السلام یقول: سعد رسول الله صلی الله علیه وآله المنبر فتغیرت وجنتاه و التمع لونه اقبل بوجهه فقال یا معشر المسلمین ... ایها الناس من ترک مالا فلأهله و لورثته و من ترک کلاً أو ضیاعاً فعلی و الی».

عبارات شیخ صدوق در سه کتابش در نقل این مضمون

روایت دیگر هم در همینجا به همین مضمون هست. مثلاً در بحار که من نرسیدم مرجعش را که علل الشرایع و معانی الاخبار و عیون اخبار الرضا است ببینم، از این سه کتاب نقل می کنند که با «ع» و «مع» و «نون» ایشان آورده که عین اشاره به علل الشرایع است و مع اشاره به معانی الاخبار و نون اشاره به عیون اخبار الرضا است در هر سه کتاب شیخ صدوق این روایت را نقل کرده است که: «عن الطالقانی عن احمد الهمدانی عن علی بن الحسن الفضال عن ابیه قال سألت الرضا علیه السلام فقلت له: لم کئی النبی صلی الله علیه وآله بأبی القاسم، (تعلیل را گفتند و تا اینجا می رسد که امام علیه السلام فرمودند): أما علمت أن النبی صلی الله علیه وآله و سلم قال: أنا و علی أبوا هذه الامة. (چه روایت زیبایی است. بعد مبلغی را در وصف امیرالمؤمنین علیه السلام فرموده اند که قسیم النار و الجنة است، تا اینجا که فرموده اند): و سعد النبی صلی الله علیه وآله المنبر فقال من ترک دیناً أو ضیاعاً فعلی و الی و من ترک مالا فلورثته». باز در این روایت که ایشان در دو سه کتاب از امام رضا علیه السلام نقل کرده اند همینطور است.

دو عبارت در تفسیر قمی در نقل این مضمون

در تفسیر قمی هم در چند مورد همین روایت آمده است و من دو موردش را برای شما نقل می کنم:

یکی در ذیل آیه شریفه "و إن کان ذو عسرة فنظرة الی میسرة" فرموده اند اگر شخص معسر باشد بر حاکم است، «و إن کان الامام العادل قائماً فعلیه أن یقضی عنه دینه»، باید دین این معسر را اداء کند، «لقول رسول الله صلی الله علیه و آله: من ترک مالا فلورثته، و من ترک دیناً أو ضیاعاً فعلی والی المسلمین و علی الإمام ما ضمّنه الرسول و إن کان صاحب المال ...»^۱.

^۱ - تفسیر قمی (مجموعه سه جلدی) جلد ۱ صفحه ۱۴۱

در ذیل آیه ۶ سوره احزاب "النبی اولی بالمؤمنین من انفسهم و ازواجه امهاتهم" دارد که در غدیر خم پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «یا ایها الناس ا لست اولی بکم من انفسکم؟ قالوا بلی. (تا اینجا که فرموده اند: یا ایها الناس ا لست اولی بکم من انفسکم) قالوا: بلی ثم اوجب لأمیر المؤمنین علیه السلام ما اوجبه لنفسه علیهم من الولاية فقال: ألا من کنت مولاه فعلي مولاه فلما جعل الله النبی أباً للمؤمنین ألزمه مئونتهم و تربية أیتامهم. فعند ذلك صعد رسول الله صلی الله علیه و آله المنبر فقال من ترک مالا فلورثته و من ترک دینا أو ضیاعا فعلي و إلیّ، فألزم الله نبيه للمؤمنین ما یلزمه الوالد و ألزم المؤمنین من الطاعة له ما یلزم الولد للوالد، فکذلك ألزم أمیر المؤمنین علیه السلام ما ألزم رسول الله صلی الله علیه و آله من بعد ذلك و بعده الأئمة علیه السلام واحدا واحدا».

این هم یک روایت زیبایی است که در تفسیر قمی است.

در هر حال مقصود این است که تقریبا می شود گفت انسان مطمئن است که مضمون من ترک مالا فلوارثه قطعا صادر شده است. که ما فقط بخشی از روایات را خواندیم، روایات دیگر هم هست. حالا روایات اهل سنت هم هست که به این کمک می کند. آن هم بخشی از اینها روایات صحاح است که این مضمون من ترک مالا فلوارثه هست. فرقی با آن ما ترکه المیت فلوارثه فقط در این است که آنجا ما ترکه المیت دارد. خب اینجا میت ندارد ولی واضح است که میت است، ما ترکه غیر میت که معنا ندارد. ما ترکه المیت است. خصوصا که در روایت کافی اینطور بود که من مات و ترک مالا فلوارثه، که موت را یک جوری آورده بود.

پس بنابر این اصل این مضمون به این شکل مسلم است، و مسلم هم هست که عنوان موت باید باشد. بله عنوان موت مذکور نیست که ممکن است در مواردی اثر داشته باشد، ولی واضح است که مقصود چیزی است که میت ترک کرده باشد. که بعدا به این تعبیر هم نیاز داریم.

دلیل اول بر رجوع مال موقوفه به واقف یا ورثه اش

حالا می آییم سر بحث ما که بحث سر این بود که آنهایی که قائلند که مال موقوفه بعد از انقراض موقوف علیهم به واقف و ورثه اش برمی گردد چه دلیلی دارند؟ عرض کردیم یک استدلال فرمایش مرحوم سید است که صراحتا هم اینجا استدلال کرده است. فرموده است که وقف حقیقتش ایقاف است، و چون حقیقتش ایقاف است در معنای ایقاف خروج از ملک نهفته نیست، و چون خروج از ملک نهفته نیست ما دلیلی نداریم که در مطلق وقف عین موقوفه از ملک واقف خارج بشود.

بله! در جائی که وقف مؤبد باشد، به جهت تأبید یلزم منه الخروج عن ملک الواقف به جهتی که عرض می کنیم. ولی در جائی که تأبید نیست دلیلی نداریم بر خروج ملک بنابر این، این مال در ملک واقف باقی می ماند و طبیعتاً بعد از انقراض موقوف علیهم تحت شمول ادله ارث واقع می شود.

مرحوم آخوند در رساله وقف البته نمی گوید وقف ایقاف است، می گوید دلیلی نداریم که در وقف همه جا تملیک باشد، بلکه آن چیزی که هست حبس است. منتهی نه این حبس بالمعنی الخاص، بلکه یک مرتبه اعلائی از حبس که لازمه اش همین احکام وقف است. ولذا نظر ایشان واقعا نظر پیچیده ای است. هم حبس می داند، و هم می گوید بنابر این ثابت شد که وقف در علی من ینقرض واقعا وقف است نه اینکه حبس باشد. مقصود این است که آن حبس بالمعنی الخاص نیست. وقف است، بعد می گوید وقف یا آن چیزی است که ما می گوئیم که یک حبس مرتبه اعلائی است که له آثار غیر از آثار حبس بالمعنی الخاص که مرتبه ادنی است. بعد هم تمثیل کرده اند به مثل استحباب و وجوب که هر دو مرتبه من الطلب هستند، ولی در عین حال آثار مختلفی ای دارند، استحباب کنارش جواز ترک دارد، اما آن مرتبه اعلی از طلب که وجوب باشد جواز ترک ندارد.

بنابر این ایشان می گوید استیحاظ نکنید که دو مرتبه از حبس دو جور اثر داشته باشد. حقیقت وقف را یک مرتبه از حبس می دانند.

ربطش به بحث ما چیست؟ ما نفهمیدیم صراحتاً که چرا ایشان نفی می کند که در وقف تملیک باشد. اول بحث ایشان فرموده است که^۱: «و تحقیق الحال إن الوقف علی ما مرت الیه الاشارة و إن کان بحسب الحقیقة لغتاً و شرعاً حبساً لا تملیکاً متفصلاً بالحبس (که اشاره دارد به فرمایش مرحوم شیخ) و لا مساوقاً له خارجاً (این هم باز از مرحوم شیخ است که احتمال دیگری است که در معنای وقف تملیک نباشد ولی خارجاً مساوق با آن باشد، بعد ایشان می گوید) لاحتمال أن لا یکون معه تملیک اصلاً (ممکن است در وقف اصلاً تملیک نباشد یا مختلف باشد تملیکاً و تفکیکاً)». که این عبارت که می گویند لاحتمال أن لا یکون معه تملیک اصلاً نمی دانیم به کجا ناظر است، آیا یعنی در حقیقت وقف ممکن است نباشد، یا در برخی موارد. مثلاً مثل مسجد بگوئیم فقط تحریر است، تملیک کسی نیست. یا در بعضی موارد دیگر که اینها چیزهای عمومی است برای مردم، آنها را هم بگوئیم تحریر است نه تملیک عموم الناس. شاید مقصودشان این باشد.

۱- رسائل آخوند صفحه ۵۷

ما حالا فرمایش مرحوم آخوند را جدا بحث می کنیم به دلیل اینکه فرمایشات دیگری هم دارند در اینکه مساوق باشد و ملازم باشد له خارجا. که می خوانیم.

تقریر مرحوم سید از دلیل اول

اما فرمایش مرحوم سید که سر راست است و ایشان می گوید وقف ایقاف است و در معنای ایقاف خروج از ملک نهفته نیست. مگر اینکه یک عوارضی رخ بدهد مثل اینکه تأیید بیاید. اگر کسی ایقاف کند و مؤبد باشد، دیگر هیچ اثری برای خودش که ندارد، لامحاله باید بگوئیم عقلاء دیگر اعتبار ملکیت برای او ندارند. چون نه می تواند از منافعش استفاده کند و نه حتی ارث برده می شود و نه حتی حق دارد تصرفات غیر منافی با استفاده موقوف علیهم انجام دهد. لا یورث و لا یوهب است، واقف تا ابد نه حق دارد در آن تصرفات وضعی کند و نه حق دارد تصرفات تکوینی کند. می گویند در اینجا ممکن است بگوئیم عقلاء برای این شخص اعتبار ملکیت نمی کنند. و لذا اینجا قائل به خروج از ملک می شویم. اما در وقف علی من ینقرض که فرضاً ۲۰ سال، ۳۰ سال، ۱۰ سال موقوف علیهم می خواهد از منافع عین موقوفه استفاده کند، چرا این عین از ملک واقف خارج شود؟ واقف موظف است طبق وقف عمل کند و مال را در اختیار موقوف علیهم قرار دهد، وقتی هم منقرض شدند می آید در ملک خودش. حتی تعبیر به رجوع هم مسامحی است، چون در ملکش باقی بوده است. رجوعش به این لحاظ است که تا حالا نمی توانسته استفاده کند حالا استفاده می کند اگر خودش زنده است خودش وگرنه ورثه اش.

پس نکته استدلال این است که وقف ایقاف است و دلیلی نداریم که در مطلق وقف مال از ملک واقف خارج شود مگر به سبب یک جهت عرضی.

بررسی تقریر مرحوم سید

اینجا چند ملاحظه نسبت به فرمایش مرحوم سید وجود دارد:

یک بحث مبنایی است که آیا وقف ایقاف است؟

ما جلسات گذشته گفتیم اصلاً این نحوه استدلال که ظاهرش {تعیین ماهیت یک نهاد عقلائی} با مراجعه به لفظ وقف است استدلالی مغالطه ای است. ما بحثمان در وقف در یک اعتبار عقلائی است، به قول امروزی ها در یک نهاد عقلائی است، که می خواهیم ببینیم این نهاد که در تحققش عندالعقلاء اسبابی دارد خروج از ملک اخذ شده یا نشده است.

شما می گوئید در معنای لغوی وقف که عبارت است از سکون و اسکان و یا ایستادن و ایستاندن، خروج از ملک نیست. خب بله نیست، در معنای لغوی نیست، اما این ربطی به بررسی آن نهاد یا آن اعتبار عقلائی ندارد که در آن خروج از ملک هست یا نه.

پس این یک اشکال مبنایی به مرحوم سید است.

عدم دلیل بر خروج مال از ملک واقف نظر سید را ثابت می کند

بله می توانیم اینجور از مرحوم سید دفاع کنیم که جزمی نباشد، اگر یاد دوستان باشد عرض کردیم که نظر ما هم بیشتر به این متمایل است که وقف یک مجعول اصلی باشد. خودش یک چیزی است مثل ملکیت و زوجیت و حبس بالمعنی الخاص. خودش یک اعتبار عقلائی مستقل بالجعل است. منتهی ما هم دلیلی نداریم که ملکیت در این اعتبار نباشد. و لذا در آن بحث ما عرض کردیم ما از باب بی دلیلی ثابت نمی کنیم خروج از ملک را. و بعید نیست اینجا بتوانیم فرمایش سید را هم اینطور درست کنیم، بگوئیم جازمانه نمی گوئیم نیست که سید می فرماید، جازمانه نمی گوئیم از ملک واقف خارج نمی شود. ولی می توانیم بگوئیم که دلیلی نداریم بر خروج. این هم انصافا درست است. ما از بناء عقلاء یا از بیانات شارع استفاده نکردیم خروج از ملک را. گرچه عده ای از محققین می گویند خروج از ملک مسلم است، و مرحوم ابن ادریس در سرائر در همین بحث طوری بیان می کند که گوئی این خروج از ملک واقف اجماعی و متفق علیه است. اگر یک اجماعی محقق شد که بعد باید تنقیح کنیم که فبها، و الا ما استصحاب می کنیم بقاء ملک مالک را. که این استصحاب هم بحث دارد و نیاز به تنقیح دارد انشاءالله جلسه بعد.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۲۲۲
- خلاصه مباحث گذشته..... ۲۲۲
- توجیه تقریب صاحب عروه از عدم خروج عین موقوفه از ملک واقف..... ۲۲۳
- تتمیم استدلال با تمسک به استصحاب بقاء ملک..... ۲۲۳
- اشکال مثبت بودن استصحاب..... ۲۲۴
- جواب از اشکال مثبت بودن..... ۲۲۴
- تنقیح موضوع میراث با ضم وجدانی بودن موت به استصحاب..... ۲۲۵
- اشکال دوم بر استدلال به الوقف هو الایقاف..... ۲۲۶
- جواب از اشکال دوم..... ۲۲۷
- تنقیح موضوع میراث برای واقف بر مبنای مجعول اصالی بودن وقف..... ۲۲۸
- تبیین کلام مرحوم آخوند و مبنای ایشان..... ۲۲۸
- خروج از ملک به چه اندازه رخ می دهد..... ۲۲۹
- با این بیان مشکل در برخی موارد حل نمی شود..... ۲۳۰
- راهی برای تصحیح ادله ارث نسبت به ملکهای آینده..... ۲۳۰

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در این بود که این قول که عین موقوفه پس از انقراض موقوف علیهم به واقف و ورثه او عود می کند بر چه اساسی قابل تصویر است؟ جلسه گذشته نظر مرحوم سید صاحب عروه را بحث کردیم.

بر اساس فرمایش ایشان یک راه برای تصویر عود ملک به مالک این است که بگوئیم وقف ایقاف است و در ایقاف خروج از ملک نهفته نیست، بنابراین وقتی واقف ملکش را وقف می کند خروج از ملک او لازم نمی آید. مگر اینکه یک جنبه عرضی مثل تأیید در جائی اقتضاء کند لغویت اعتبار ملک برای مالک را، آنوقت ما می گوئیم خروج از ملک. هر کجا

این جهات عرضی مثل تأبید و امثال این نباشد، مثل وقف علی من ینقرض یا وقف الی مدة، اینها دلیلی بر خروج مال موقوفه از ملک واقف نداریم. این فرمایش مرحوم سید بود.

در جلسه گذشته به ایشان اشکال کردیم که عدم خروج مال موقوفه از ملک واقف را اگر از باب معنای لغوی وقف و ایقاف می دانید، این استدلال مغالطی است. چون بحث ما در معنای عرفی وقف نیست، که مثل بقیه الفاظ دال بر یک معنای عرفی اولی است. بحث در وقفی است که یک اعتبار عقلائی و نهاد عقلائی است، می خواهیم ببینیم آیا در این نهاد عقلائی که حالا سببی دارد یا خودش مسببی است، مسأله خروج از ملک اخذ شده است یا نشده است؟ حال با این تصویر شما چه دلیلی دارید بر اینکه خروج از ملک اخذ نشده است؟

آن دلیلی که تا حدی موجه بنظر میرسد این بود که ادعا کنید معنای لغوی وقف ایقاف است، و در معنای لغوی که ایستادن یا ایستاندن هست، در این معنا خروج از ملک اخذ نشده است، و تا حدی هم روشن است. اما اگر این را مغالطی دانستیم و گفتیم شما باید بروید سر بحث از یک واقعیت عقلائی و نهاد و اعتباری عقلائی و نسبت به آن دلیل بیاورید که ملکیت اخذ شده یا نه، آنوقت از کجا می گوئید که خروج از ملک اخذ نشده است؟ این قابل بحث است.

ولذا به نظر می آید فرمایش مرحوم سید به این شکل که جازمانه خروج از ملک را نفی می کنند درست نیست.

توجیه تقریب صاحب عروه از عدم خروج عین موقوفه از ملک واقف

منتهی به نظر می رسد می توان منظور مرحوم صاحب عروه و تابعین ایشان مثل مرحوم امام و بعضی فضلاء حاضر را به وجه آخری توجیه کرد که این اشکال لازم نیاید. بگوئیم ما در عین حال که با این بیان احراز نمی کنیم عدم خروج از ملک را، ولی احراز هم نمی کنیم خروج از ملک را؛ مگر به بحث اجماع که بعدا خواهد آمد. فعلا اگر ما باشیم و تحقیق در ماهیت وقف عقلائی، انصافا احراز اینکه در وقف عقلائی خروج از ملک رخ می دهد دشوار است و مسلم نیست. کما اینکه ما وقف را وقتی مجعول اصالی دانستیم همین مسأله را ذکر کردیم که انشاءالله در پایان این جلسه هم خواهد آمد.

تتمیم استدلال با تمسک به استصحاب بقاء ملک

آنوقت استدلالشان را تتمیم می کنیم و می گوئیم ما شک داریم که با انشاء وقف از ناحیه واقف خروج از ملک او رخ می دهد، استصحاب بقاء ملک می کنیم و می گوئیم استصحاب بقاء ملک همان هدفی را که مثل مرحوم سید می خواستند با ادعای جازمانه شان انجام بدهند حاصل می کند.

ما نیاز داریم ملک برای مالک باشد تا زمان موت موقوف علیهم، این ملکیت را با استصحاب درست می کنیم. اگر نتوانیم احراز جزمی کنیم عدم خروج مال را از ملک مالک و واقف، با استصحاب بقاء مال در ملک واقف تا حین وقف و تا حین موت می توانیم این را ثابت کنیم و بنابراین، ملک باقی است. این بیانی است که با آن می توان فرمایش سید را اصلاح کرد.

اشکال مثبت بودن استصحاب

منتهی ممکن است اینجا یک اشکالی پدید بیاید، و آن اشکال مثبتیت این استصحاب است. بگوئیم بحث ما در مقام درباره اثر ارث است. می خواهیم بینیم مال موقوف علیهم که منقرض شده اند اگر واقف فوت کرده باشد آیا میراث ورثه واقف می شود یا میراث ورثه موقوف علیهم؟ کدام است؟

با استصحاب بقاء ملک نمی توانید ثابت کنید که این موت واقف عن ملک بوده لذا عین موقوفه، مال ورثه او می شود، یعنی موضوع ادله میراث حاصل می شود. به بیان آخر کسی ممکن است ادعا کند برای اینکه قاعده «ما ترکه المیت فهو لوارثه» صدق کند باید «ترکه المیت» حالت سابقه داشته باشد. شما فقط استصحاب بقاء ملک کردید، ثابت نکردید که ما ترک «میت» است. ثابت نکردید که آنچه این شخص باقی گذاشته است مقید به عنوان «میت» است، یعنی المیت قد ترک. این را نتوانستید درست کنید.

بله کی درست می شود؟ وقتی که میت زمانی در سابق ترک کرده باشد مالی را، حالا شک داریم بقائش را، استصحاب می کنیم بقاء مال متروکه میت را. منتهی اینکه میت سابقا مالی را بما هو میت ترک کرده باشد حالت سابقه ندارد که در مقام شک در اینکه حالا میت بما هو میت مال را ترک کرده یا نه، استصحاب بقاء کنیم. در اینجا که بحث نیست. آن چیزی که شما می توانید استصحاب کنید این است که با انشاء واقف آیا خروج از ملکش شد یا نه، استصحاب بقاء می کنید. بعد از آن هم تا زمان موت شک می کنید مال او هست یا نه، استصحاب بقاء می کنیم تا زمان موت. و استصحاب بقاء مال در ملک مالک تا زمان موت یا به عبارت دیگر استصحاب بقاء ملکیت برای مالک تا زمان موت، لا یشتب کون الموت عن ملک المالك، تا بشود مال ورثه. چون قاعده این است که ما ترکه المیت فهو لوارثه، و این مصداق ما ترکه المیت نیست. یک همچنین شبهه مثبتیتی ممکن است کسی طرح کند.

جواب از اشکال مثبت بودن

ما در جواب می توانیم دو مطلب عرض کنیم:

اولاً: در جلسه گذشته به تفصیل دیدیم که اصلاً عنوان «ما ترک المیت فهو لوارثه» اصلاً عنوان وارد در روایات نیست، بلکه یک مضمون اصطیادی است. آن چیزی که آمده بود این بود که «من ترک مالا لوارثه یا فلورثه» یا آن مضمون روایت که نظیر این بود که «من مات و ترک مالا فلوارثه». خب در هیچکدام از اینها عنوان موت به نحو نعت نیامده، اصلاً عنوان این نیست که شما می گوئید.

پس یک اشکال به مثبتیت استصحاب این است که اصلاً عبارت ما ترک المیت حتی بنابر اینکه ظهورش واقعا در نعتیت باشد عنوان مأخوذ در روایات نیست.

ثانیاً: بر فرض که موت در روایات آمده همانطور که ما گفتیم که موت و میت و امثال آن به جز در روایت کافی که من مات و ترک مالا آمده در جای دیگری نیامده است، ولی بالاخره مسلم است که موت آمده، منتهی از کجا این عنوان موت نعتی باشد یعنی نعت ترک مالا باشد. چون موضوع ارث مرکب شد از ترک مالا و هو میت. اینطور باید باشد که ترک مالا فی حال الموت. باید این شیء مال شخص باشد و موت هم حاصل شده باشد، آنوقت ادعای این آقایی که اشکال می کند به اشکال مثبتیت علی القاعده باید این باشد که مال به این شخص اضافه شده باشد و در عین حال ترکیبش با موت هم نعتی باشد. یعنی من له الملك و ترک الملك عند الموت بما هو موت که مضاف باشد به این شخص به نحو نعتیت، این ترکیب به نحو نعتی البته نتیجه اش هنگام استصحاب ملک مثبتیت است. منتهی چه کسی می گوید نعتی است؟ اگر کسی اینطور بگوید که آن چیزی که ما می خواهیم این است که موت این شخص محقق شود و مال هم تا زمان موت مضاف به این آقا باشد، ما بیش از این نمی خواهیم. اگر اینطور باشد موضوع حاصل است جزءً بالاصل و جزءً بالوجدان. موت بالوجدان حاصل است، کون الشیء مالا للمالک یا ملکاً له هم به استصحاب هست تا حین موت.

تنقیح موضوع میراث با ضم وجدانی بودن موت به استصحاب

پس ما نمی توانیم استصحاب کنیم ملک مقید بگونه در این حدث موت را؛ چون حالت سابقه ندارد. اما ما به این احتیاج نداریم. ما استصحاب ملک می کنیم تا حین خاص که حین موت است. مثل اینکه استصحاب کنیم بقاء حیات را تا یک زمان خاص. پس استصحاب بقاء ملک می کنیم تا یک زمانی، و بالوجدان هم در آن زمان موت محقق شده است. ما بیش از این چیزی نمی خواهیم. دلیل ما در موضوع میراث «من ترک مالا فهو لوارثه» است که عنوان موت ندارد. {جریان استصحاب برای تحقق موضوع این دلیل} خیلی روشن است. این شخص با استصحاب بقاء ملک مصادق ترک مالا هست، و موت هم که البته ما عقلاً لازم داریم بالوجدان حاصل است. بیش از این ما نداریم، کجا داریم که باید نعت باشد؟ در باره

تعبیر «من مات و ترک مالا» نیز اتفاقاً می توان گفت ظهورش بیشتر در همان است که دو جزء موضوع ارث دو جزء به هم منضم است نه به نحو نعتیت، به نحو الانضمام و در کنار هم است، مثل بقیه اجزائی که در کنار هم منضم می شوند. من مات یعنی موت محقق شود، ترک مالا هم قبلاً گفتیم که یک عنوان خاصی ندارد، بلکه کسی که مالک باشد تا زمان الموت، مصداق ترک مالا عند الموت است. که حتی ما عرض کردیم که بخاطر اینکه انسان در حین الموت مالک نیست همینکه انسان مالک باشد تا زمان الموت و اقتضاء دوام داشته باشد، این کافی است برای صدق ترک مالا. این را البته ما در همان جواب مرحوم شیخ انصاری تحقیق کردیم. به نظر ما این اقتضاء لازم است. مرحوم شیخ فرمود این بحثها فلسفی است ربطی به بحث فقهی ندارد. و ما هم جواب دادیم که بله بحث فلسفی هست ولی در تنقیح معنای عرفی است، ما نمی خواهیم چیزی مازاد از این بگوئیم.

نتیجه این می شود که به نظر می آید با استصحاب بقاء ملک تا زمان موت به اضافه تحقق موت وجدانا (جزء بالاصل و جزء بالوجدان) موضوع ارث تمام می شود، و این چیزی است که ما می خواهیم.

بنابر این با این اصلاحی که در فرمایش مرحوم سید و تابعین ایشان انجام شد، به نظر می آید اگر ما آن جزم سید را که می گوید اصلاً از ملک مالک خارج نمی شود مگر در یک حصصی مثل تأیید و مانند آن، کنار بگذاریم با استصحاب می توانیم مساله را تمام کنیم.

اشکال دوم بر استدلال به الوقف هو الایقاف

اشکال دومی که بر استدلال مرحوم سید یعنی تمسک به الوقف هو الایقاف می توان گرفت، (که این هم یک بحث دقیقی است منتهی جوابش روشن است) این است که: بر فرض با تحقیق شما که الوقف هو الایقاف فهمیدیم که در معنای وقف خروج از ملک نیست و نگوئیم هم مغالطه ای است (که ما مکرر بحث کردیم و گفتیم این استدلال مغالطی است)، حالا منتهی سؤال این است که فرض کنید در معنای وقف که هو الایقاف است خروج از ملک نهفته نباشد، اما چرا لازمه این معنا خروج از ملک نباشد؟ این را چه جور ثابت می کنید؟ مرحوم سید فرمود در مثل تأیید خروج از ملک هست، در بقیه نیست، در بقیه نیست یعنی در خود مفهوم نیست؟ خب ما از شما تسلیم می کنیم با بحثهای گذشته، اما از کجا می فرمائید لازمه اش این نیست؟ مثلاً در صلح، الصلح جائز بین المسلمین مثلاً، این الصلح جائز معنای لغوی اش که آشتی کردن است، اما ما می دانیم اگر کسی انشاء کرد صالحتک کذا بكذا لازمه اش خروج از ملک هست، که مرحوم شیخ انصاری فرمود درست است معنای لغوی اش آشتی کردن است، انشاء این صلح لازمه اش خروج هست، یعنی خارجاً باید ملک از

ملک او خارج شود و الا صلح نیست. حالا این سؤال را ما از مرحوم سید می کنیم می پرسیم: شما از کجا فهمیدید که این الوقف هو الایقاف تان لازمه اش خروج از ملک نیست؟ از کجا می گوئید؟ علم غیب دارید؟ چه بسا عرف لازمه آن را خروج از ملک بداند. همانطور که شما در مثل تأیید استدلال می کنید می گوئید بنابر این باید خروج از ملک باشد، شاید عرف مثل بحث صلح این را هم می گوید لازمه اش خروج از ملک است. یعنی یک تصادق خارجی دارد با خروج از ملک. در مفهومش نهفته نیست، کما اینکه در مفهوم صلح خروج از ملک نیست، اما در هر صلحی که واقع می شود خارجا باید از ملک خارج شود، والا معنا ندارد خارجا که صلح بشود ولی در عین حال به ملک مالک باقی باشد.

اگر کسی این را بگوید، مرحوم سید جوابی برای این حرف ندارد مگر اینکه دوباره ادعای جازمانه کند بگوید همانطور که از معنایش خارج است لازمه اش هم نیست. مثلاً لازمه عرفی ایستادن و ایستاندن خروج از ملک نیست، مگر ایشان اینطور دعوی کند.

جواب از اشکال دوم

منتهی جواب این نحوه دعوی همان است که در اصل مسأله گفتیم که این مغالطی است. اگر ایشان از این طریق می خواهد اثبات کند عدم خروج ملک را که بگوید چون مفهوم ایستادن و ایستاندن این نیست، خب جوابش همان است که ما عرض کردیم که این استدلال مغالطی است. ما در مفهوم لغوی ایستادن لازم نیست خروج از ملک داشته باشیم. می خواهیم ببینیم آیا لازمه آن پدیده ای که عقلاء به عنوان یک تسبیب یا یک مسبب عقلانی ایجاد می کنند و آن را موضوع آثار قرار می دهند، خروج از ملک هست یا نه؟ شما کی تحقیق کردید و ثابت کردید که همچنین لازمه ای ندارد. این جواب آن حرف می شود.

دوباره هر آنچه که ما در مورد خود وقف گفتیم در مورد این لازمه هم پدید می آید. مثلاً دوباره ما می توانیم برگردیم بگوئیم ما استصحاب بقاء ملک می کنیم، چون مگر شما شک نمی کنید خروج را، استصحاب می کنیم بقاء ملک را. همینجا دوباره شبهه مثبتیت پیش می آید و بعد جوابی که ما دادیم مطرح می شود.

نتیجه اینکه ما همان سیری را که در مورد ادعای عدم خروج مال از ملک واقف و مالک به لحاظ خود ماهیت وقف و معنای وقف گفتیم، نسبت به لازمه اش هم طی می کنیم، بعد استصحاب می کنیم، استصحابش مورد شبهه مثبتیت قرار می گیرد که به آن جواب می دهیم. نهایتاً به نظر ما با استصحاب بقاء ملک موضوع میراث و ارث ثابت می شود.

پس بنابر این از این طریق می توانیم هم فرمایش سید را و هم شبهه ملازمت خارجی و تصادق خارجی وقف با خروج از ملک را اصلاح کنیم. ولذا به نظر ما تا اینجا می شود این مبنا را حل و توجیه کرد و با آن موضوع میراث برای ورثه واقف را درست کرد.

تنقیح موضوع میراث برای واقف بر مبنای مجعول اصالی بودن وقف

بر مبنای خود ما که ما وقف را مجعول اصالی مستقل می دانیم همین بحث ها پیش می آید. چون ما هم واقعا خروج از ملک را احراز نکردیم، منتهی عدم خروجش را هم احراز نکردیم، قبلا بحث کردیم. ولذا با استصحاب بقاء ملک ما هم می توانیم ادعا کنیم که موضوع ادله ارث ثابت است.

بنابر این تا به اینجا به نظر می رسد که از این طریق بخواهیم اثبات کنیم ارث را و اینکه می توان نظریه دوم را که نظریه مشهور فقهاء است تقویت کرد که بعد از انقراض موقوف علیهم مال برمی گردد به مالک یعنی واقف یا ورثه اش. این لفظ برگشتن هم مسامحه است. در واقع بنابر این مبنا اصلا خروجی رخ نداده است تا بخواهد برگردد و موضوع ادله میراث شود.

تبیین کلام مرحوم آخوند و مبنای ایشان

بحثی نیز مرحوم آخوند دارند که دیگر نمی خواهیم در اینجا طرح کنیم فقط به دوستان عرض می کنم: ایشان روی مبنای اینکه وقف حبس باشد، بحث روشنی نمی کند که خروج از ملک رخ می دهد یا نه. دیروز عبارت ایشان را خواندیم، ظاهر اولی اش این است که خروج از ملک رخ نمی دهد. نسبت به اینکه لازمه مبنایشان خروج از ملک باشد و مثل صلح تصادق خارجی داشته باشد ایشان صور را بحث می کند، می گوید اگر کسی احتمال بدهد خروج از ملک را و قائل شود به خروج از ملک، صوری دارد: از ملک مطلقا یا خروج از ملک به صورت محدود، و برای هر کدام اثر بار کرده اند، که فی الجمله از بحث های پیش قابل تنقیح است که مقصود ایشان چیست.

نکته ای که اینجا باید عرض کنیم و بسیار مهم است و تتبع می خواهد این است که: مطالبی که عرض شد بر اساس قواعد وضوابط و مفهوم و تحقیق در ماهیت وقف بود که علی الظاهر بر این اساس برای خود ما هم تقریبا روشن است که ولو با استصحاب می توانیم بگوئیم اصلا این ملک باقی به ملک واقف است و خارج نشده است. اما اگر اجماع بر خروج از ملک داشته باشیم چه می شود. این نیاز به یک تتبعی دارد که انشاءالله جلسه بعد عرض می کنیم.

خروج از ملک به چه اندازه رخ می دهد

منتهی قبل از اینکه آن اجماع را بحث کنیم من یک نکته باید عرض کنم تا به بحث اجماع برسیم، آن نکته این است که: اگر ما به اجماع یا هر دلیل دیگری گفتیم که مال موقوفه از ملک واقف و مالک خارج می شود، دو بحث وجود دارد: یکی اینکه آیا تخصیص ملک معقول است؟ مرحوم سید و مرحوم آخوند می گویند حتی اگر ما بنایمان بر این باشد که خروج از ملک رخ می دهد و وقتی واقف وقف می کند مال از ملک او بیرون می رود {خروجش در قطعه زمانی تا قبل از انقراض است}.

حالا اینکه در ملک موقوف علیهم وارد می شود یا نه بحث دیگری است که خواهد آمد و در مسأله ۶۷ آتی در تحریر مفصل بحث می شود. آنجا هم این فقره اجمالا بحث می شود که یخرج عن ملک الواقف. مرحوم سید صاحب وسیله آنجا می فرماید خروجه عن ملک الواقف مسلمٌ. و تقریبا حرف خیلی از فقهاء این است که خروج از ملک واقف مسلم است. در یک جلسه هم عرض کردم ظاهر فرمایش ابن ادریس در سرائر هم این است که خروج از ملک واقف مسلم است.

باقی می ماند اینکه آیا وارد در ملک موقوف علیهم می شود، این در مسأله ۶۷ بحث می کنیم و الان هم به بحث ما ربط ندارد.

ما الان اینجا این را می خواهیم تنقیح کنیم که اگر خروج از ملک واقف رخ داد چه مقدار خارج می شود؟ مرحوم سید صاحب عروه و مرحوم آخوند می فرمایند حتی بنابر اینکه ما نظرمان بر خروج از ملک واقف باشد، ما حرفمان این است که خروج در قطعه ای از زمان است، یعنی تا زمان انقراض است، و می گویند از اول هم بیش از این خارج نشده بود.

دوستان دقت کنند این بیان دیگری برای بقاء در ملک مالک است. یک وقت مثل آن استدلال اول ما می گوئیم که اصلا اینجور وقفها هیچ از ملک مالک خارج نمی شود، حتی در برهه ای که در اختیار موقوف علیهم هست و وقف بر آنها صدق می کند و انقضای نیست از ملک مالک خارج نمی شود. این یک بحث بود که تمام شد.

حالا حرف دیگری است که قبلا از مرحوم سید و مرحوم آخوند در نظائر این بحث ما مطرح کردیم که خروج از ملک واقف هم که رخ بدهد در برهه ای از زمان است. پس تعبیر «یرجع الی الواقف أو ورثته» مسامحه است. در واقع از اول که ملک واقف نسبت به عمود زمان مطلق بود، یک قطعه اش خارج شد، آن قطعه ای است که وقف در آن منعقد است،

حالا مال موقوف علیهم بشود یا نشود مهم نیست، ولی در اختیار موقوف علیهم است تا حین الانقراض. منتهی ما می گوئیم نسبت به بعد زمان انقراض همانند اول از ملک مالک خارج نشده است، گوئی یک مال، ملک مالک است در اول کار و ملک مالک است در آخر کار، این وسط یک قطعه خارج شده است. با این بیان باز خروج از ملک مالک نسبت به بعد الانقراض واقع نشده است. ولذا اگر ادله میراث بخواهد در این برهه هایی که ملک است جاری شود مانعی ندارد چون ملک است. مثال روشن این است که فرض کنید واقفی داریم که تا زمان انقراض موقوف علیهم زنده است، در این صورت عین موقوفه برمیگردد می شود مال خودش، حالا آقا از دنیا می رود، خب ورثه اش مصداق من مات و ترک مالا می شوند و موضوع دلیل حاصل می شود.

با این بیان مشکل در برخی موارد حل نمی شود

بله بنابر این استدلال دوم یک جاهایی مشکل پدید می آید، مثل اینکه موت واقف که مالک اصلی است در جائی رخ دهد که هنوز موقوف علیهم منقرض نشده اند، در زمانی که موقوف علیهم منقرض نشده اند، در این برهه در ملک واقف نیست، برهه ای که در ملکش بود بعد الانقراض است، از اول بعد الانقراض خارج نشده است. در زمانی که هنوز منقرض نشده اند که فرض مسأله این است که از ملک او خارج شده است، حالا اگر اینجا از دنیا رفت، در این زمان، مثلاً وقف کرده برای شخصی و اولاد او، فرض کنیم که برهه حیات اینها هفتاد سال است. آقای واقف وسط کار سی سال که گذشت از دنیا می رود. حالا در این زمان این مال ملک او نیست، ادله ارث چه می شود؟ خب علی الظاهر موضوعش بالفعل نیست، واقف مات و لکن ترک مالا دیگر نیست، الان لم یتربک مالا، چون الان ملک دیگری است یا تحریر مطلق است. پس الانی که موقوف علیهم هنوز منقرض نشده اند خرج عن ملکه است. اینجا باید با ادله میراث چه کنیم؟ علی الظاهر ادله میراث اینجا نمی آید. مگر تا کی؟ تا زمانی که انقراض حاصل شود و این مال برگردد به ملک واقف، آنوقت می شود بالفعل مشمول ادله میراث.

راهی برای تصحیح ادله ارث نسبت به ملکهای آینده

مگر مطلبی گفته شود که نیاز به تأملی در ادله ارث دارد و آن اینکه ببینیم آیا ادله ارث ملکهای آینده راه هم در بر می گیرد یا نه، به این معنا که: اگر مالکیت من نسبت به آن قطعه های آینده به نحو شرطیت باشد، یعنی معلق باشد به زمان، یعنی الان من مالک نیستم، مشروط به آمدن زمان، مالک می شوم، وقتی که شرط آمد آنوقت ملکیت من ثابت است. یا نه،

به نحو واجب معلقی باشد، من از الان مالک باشم آن قطعات آینده را. در واقع وقتی گفته می شود من حاز ملک، یعنی با آمدن حیات من مالک این مال در طول عمود زمان. خب آن چیزی که زمانش فعلی است که واضح است، نسبت به آینده هم مثل واجب معلقی باشد، یعنی الان مالکم قطعات آینده را للتالی. در این صورت چرا ادله ارث نگیرد. طرف مات و ترک مالا. منتهی ترک مال تارة مال بالفعل است مثل واجب منجز است، اخری ترک مالی است که ملکیتش مثل ملکیت واجب معلقی است. الان بالفعل ملک است اما نسبت به قطعات آینده. اگر این باشد ادله ارث هم هست.

نمی دانم دوستان فرق مسأله را دقت کردند یا نه، روی بحث دوم در برهه ای که ما گفتیم که خروج از ملک رخ می دهد، در برهه ای که موقوف علیهم زنده هستند تطبیق من ترک مالا فلوارثه مشکل می شود. چون در آن زمان ترک مالا نیست، چون مال دیگر مال او نیست که ترک مالا باشد. مشکل این بود. ما عرض کردیم که آیا خروج از ملک به نحو واجب معلقی است بطوری که ملکیت من نسبت به قطعات آینده مثل قطعه بعد الانقراض از حالا هست، یعنی همین حالا من مالک بعد الانقراض هستم. یا به نحو واجب مشروطی است، یعنی الان من مالک نیستم، زمان که بالفعل می شود آنا فآنا ملکیت من پدید می آید، اگر اینطوری باشد شمول ادله میراث مشکل است و الا نه.

دوستان روی این مسأله تأمل کنند تا فردا.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۲۳۲**
- ۲۳۲ خلاصه مباحث گذشته
- ۲۳۳ ممکن است ملک واقف باشد اما لا یورث باشد.....
- ۲۳۳ بقاء در ملک واقف با استصحاب حل می شود.....
- ۲۳۳ مشکل استصحاب بقاء ملک، اجماع بر خروج مال از ملک واقف است.....
- ۲۳۴ بررسی وجود اجماع.....
- ۲۳۵ ناسازگاری تعابیری مانند «المشهور» یا «قول الاکثر» با اجماع.....
- ۲۳۵ نقل اجماع از طرف ابن زهره و ابن ادریس.....
- ۲۳۶ تشکیک در نسبت مخالف به ابی الصلاح.....
- ۲۳۷ عبارات شیخ مفید ره.....
- ۲۳۸ عبارت ابی الصلاح در کافی.....
- ۲۴۰ محل استشهاد کلام ابی الصلاح.....
- ۲۴۰ اشتباه در برداشت از کلام ابی الصلاح.....
- ۲۴۱ تدقیق در نظر ابی الصلاح.....
- ۲۴۲ نتیجه: مخالف اجماع بودن ابی الصلاح محرز نیست.....

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در این بود که مال موقوفه بعد از انقراض موقوف علیهم به چه کسی می رسد.

وجهی برای این قول که به ورثه موقوف علیهم برسد بیان شد که مرحوم شیخ انصاری هم بنابر اینکه وقف مفید ملکیت باشد و مال به ملکیت موقوف علیهم در آید این وجه را تقویت کردند. بیان این وجه گذشت و ما به آن دو اشکال کردیم.

کسانی که قائلند به رجوع مال موقوفه به واقف یا ورثه واقف، از راه هایی وارد شده اند، از جمله اینکه این مبنا را درست کنند که در وقف یا لااقل در وقف علی من ینقرض اصلاً مال از ملک واقف خارج نمی شود. در نتیجه وقتی واقف فوت می کند عین موقوفه ملک اوست که به ورثه اش می رسد، و هیچ منعی {برای شمول ادله ارث} وجود ندارد.

ممکن است ملک واقف باشد اما لا یورث باشد

البته به نظرم باید انشاءالله در اشکالات وارده بر این نظر بحث کنیم که ممکن است کسی بگوید درست است که عین موقوفه هنوز بر ملک واقف باقی است و لکن ملکی است که «لا یباع و لا یوهب و لا یورث» است، یعنی در عین حال که ملک است ولی لا یورث است.

لکن فعلاً ما در قدم اول هستیم، که آیا در وقف، ولو در برخی از انحاش مانند وقف علی من ینقرض، مال به ملک واقف باقی است یا نه؟

بقاء در ملک واقف با استصحاب حل می شود

ما بر اساس {نظرات مختلف در ماهیت وقف مانند} اینکه وقف ایقاف باشد یا مجعول اصالی باشد یا حبس باشد، عرض کردیم (ولو نمی توانیم جزماً بگوئیم) که مال از ملک واقف خارج نمی شود، و با استصحاب می توانیم بگوئیم در ملک مالک باقی است. بنابر این، می توانیم این رکن از استدلال را تصحیح کنیم.

مشکل استصحاب بقاء ملک، اجماع بر خروج مال از ملک واقف است

فقط یک اشکال باقی می ماند که باید آن را حل کنیم، و آن اینکه باید یک اجماع تبعیدی بر خلافش نباشد. یعنی اجماع نداشته باشیم که در باب وقف مال از ملک واقف خارج می شود، اما اینکه به ملک موقوف علیهم در می آید یا در نمی آید بحث دیگری است، فعلاً اجماع نداشته باشیم بر اینکه از ملک واقف خارج می شود. و من به نظرم می آید که چنین اجماعی وجود دارد، برخلاف برخی تعابیر فقهاء که باید یک بررسی کنیم.

بنابراین اگر ما چنین اجماعی داشته باشیم، دیگر نمی توانیم همان رکن اول را درست کنیم. گرچه هنوز باید ارکان دیگری برای استدلال می آوردیم تا تمام شود، مثل اینکه ولو ملک باشد آیا ارث برده می شود یا نه. و لکن فعلاً بحث ما در این است که آیا عین موقوفه پس از وقف ولو در وقف علی من ینقرض در ملک مالک باقی است یا نه؟ ما باید کلمات را نگاه کنیم.

البته علی القاعده جای این بحث دقیقا اینجا نیست گرچه ما به این مقدمه نیاز داریم. بحث ملکیت عین موقوفه در دو سه جای بحث وقف مطرح می شود. در مسأله ۱۷ که بعد از این مسأله ما میاید مرحوم صاحب وسیله تصریح می کند که عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود. اما حضرت امام ره می فرمایند این در وقف منقطع الآخر قابل تأمل است. البته مرحوم سید در مسأله ۶۷ تصریح دارد که در مطلق وقف بر خاص از ملک خارج می شود، که از اطلاقش می گوئیم چه منقطع الآخر باشد و چه نباشد. اما در اینجا ما قبلا عبارت ایشان را خواندیم که می فرمایند چه عین موقوفه در وقف به ملک موقوف علیهم در آید و چه در نیاید و تنها تصرف باشد، علی ای حال این آثاری را که می خواهند بر وقف بار کنند دیگر بعد از انقراض موقوف علیهم بار نمیشود و به مالک و واقف عود پیدا می کند. علی ای حال عرض ما این است که این بحث خروج از ملک مالک در چند جا بحث می شود. هم اینجا هست، هم در مسأله بعدی که مسأله ۱۷ است و هم در مسأله ۶۷. شاید بهترین جای آن همان مسأله ۶۷ باشد چون محور بحث در آنجا ورود به ملک موقوف علیهم است و تبعا خروج از ملک واقف هم بحث می شود. پس باید هر دو بحث را یک کاسه در آنجا بحث کرد که اولاً آیا عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود؟ و در طول این بحث بنابر اینکه عین از ملک واقف خارج شود آیا به ملک موقوف علیهم در می آید یا نه.

منتهی ما در اینجا نیاز داریم اجماع بر خروج از ملک مالک را تنقیح کنیم لذا ممکن است متعرض دیگر ادله نشویم.

بررسی وجود اجماع

به نظر من اجماع وجود دارد و ما هم متن ها را می خوانیم. منتهی نکته ای که باید به آن توجه کرد این است که اولاً برخی وجود چنین اجماعی را انکار می کنند، و به نظر می رسد بدون فحص در تحقق اجماع تشکیک می فرمایند.

مثلاً مرحوم آخوند رحمه الله علیه با همه جلال قدرش فرموده «الاجماع المحصل غیر محقق و المنقول غیر حجة»^۱. پرسش از ایشان این است آیا مراجعه فرمودید و می گوئید غیر محقق است، یا اینکه همینطور براساس حرف دیگران می فرمایید؟

^۱ کتاب فی الوقف (للاخوند)، ص: ۴۹

من تقریباً مطمئنم که ایشان خودشان فحوصی نکرده اند و به تبع همین متونی که هست مانند نقل خلافتی که از مرحوم ابو الصلاح مطرح میباشد می فرمایند اجماع غیر محقق است

من حدس زیاد می زنم که در این بحث، تقریرات مرحوم شیخ در مقابل مرحوم آخوند باز بوده و ایشان بر سفره مرحوم شیخ نشسته و مطالب پخته و دسته بندی و آماده در اختیارش بوده اینها را تلخیص کرده، و چون توان و جولان علمی داشته و صاحب نظر بوده نظر خودش را اعمال کرده، اما خودش تتبع مستقلى نداشته است. به نظرم حتی در کفایه هم همچنین چیزی رخ داده است. مطارح الانظار پیش روی مرحوم آخوند بوده و کاملاً از آنها استفاده می کرده، منتهی آدم قوی است و لذا در جایی که نظر اجتهادی دارد بیان می کند. مقصودم این است که ایشان از آن سفره خیلی استفاده کرده است و متأسفانه یک جاهایی هم فقط با ایماء و اشاره عبور میکنند. در همین کتاب وقفشان هم همینطور است، حرفهای پخته و جا افتاده مرحوم شیخ را با یک عبارت ایمائی بیان میکند و حرفها حیف می شود. حالا برخی نمونه هایش را ما قبلاً ذکر کردیم. حالا ایشان می گوید اجماع غیر محقق است.

ناسازگاری تعابیری مانند «المشهور» یا «قول اکثر» با اجماع

در تعابیر خیلی ها خروج مال موقوفه از ملک واقف را به «مشهور» یا «قول اکثر علمائنا» نسبت دادند. که این عبارات اشعار دارد که این نظر اجماعی نیست زیرا اگر اجماعی بود می گفتند اجماعی است.

منتهی عجیب این است که خود اینها هم می گویند که مخالف فقط ابوالصلاح است، کس دیگری را نیافته اند که مخالف باشد. و لذا برخی مانند شیخ حسین بحرانی صاحب انوار اللوامع که انصافاً فقیه دقیقی است و تقریباً فکر می کنم قریب به عهد صاحب حدائق است و مفاتیح الشرائع فیض را شرح کرده است می فرماید: «کما هو المشهور ذلک عنهم حتی کاد أن یکون اجماعیا و لم یذکروا فی المسئلة خلافاً لابی الصلاح الحلبي»^۱.

نقل اجماع از طرف ابن زهره و ابن ادریس

و از آن طرف دو ادعای اجماع روشن داریم، یکی صاحب غنیه که یک سری امور را ذکر می کند و می گوید اینها اجماعی است و در پائین هم که خروج از ملک واقف را بیان می کند می گوید کل ذلک للاجماع المشار الیه. و ابن ادریس

^۱ الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع؛ ج ۱۳، ص: ۳۰۷

هم اجماع را نقل می کند منتهی نه در اول بحث، بلکه در ذیل بحث وقف علی من ینقرض، ایشان آنجا می گوید لا خلاف بیننا در این مسأله.

خب این هم نکته مهمی است. ابن ادریس در اواخر قرن ششم و اوائل قرن هفتم و صاحب غنیه هم که قرن ششم است اینها بیایند بفرمایند که ما اجماع در مسأله داریم یا بگویند هیچ خلافتی در بین ما نیست، این نکته ی فوق العاده مهمی است برای تحصیل اجماع.

تشکیک در نسبت مخالف به ابی الصلاح

دوستان عنایت کنند ما اقوال را یکی یکی می خوانیم و این دقت لازم است، و من در قسمت کلام ابی الصلاح یک تدقیقی کردم ببینم دوستان می پذیرند یا نه، می خواهم بگویم آنجا هم واقعا معلوم نیست که مقصود ابی الصلاح این باشد که خروج از ملک نیست. اینکه برخی نسبت خلاف به ابی الصلاح داده اند به نظرم دقت کافی نکرده اند. علاوه بر اینکه ظاهر کلام افرادی مانند علامه و فخر الدین و شهید اول، تعلیلی را نسبت دادند به ابی الصلاح که به نظر می رسد در کلام او وجود ندارد.

استدلالشان این است که ابی الصلاح و دیگران می گویند عین موقوفه از ملک واقف خارج نمی شود بخاطر نبوی مشهور که «حَبَسَ الاصل و سَبَلَ الثمرة» و حَبَسَ الاصل یعنی اصل را نگهدار، پس از ملکش بیرون نرفته است. در حالی که این جمله معانی دیگری دارد و در کلام ابی الصلاح نیست. این عامه اند که چنین استدلالی کرده اند، و ابی الصلاح چنین مطلبی ندارد. لا اقل من که این عبارات را گشتم به چشمم نخورد، حالا اگر دیگران دقت کنند و پیدا کنند نمی دانم ولی من همچنین چیزی را در کلام ابی الصلاح ندیدم. و عجیب است که فقهاء پشت سر هم تکرار کرده اند و به نظر می آید از عباراتشان استناد این تعلیل به ابی الصلاح در حالی که نیست. ولذا به نظرم ارزش دارد که در کلام ابی الصلاح تدقیق ویژه ای کنیم ببینیم این مطلب در آن هست یا نه.

حالا شروع کنیم بیان کلام فقهاء:

عبارات شیخ مفید ره

اولین نظر مربوط به شیخ مفید در مقنعه است. عبارت اول ایشان صراحتی در خروج از ملک ندارد. ایشان در یکجا فرموده اند^۱:

«وإذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله عن وجهه و سبله».

می فرمایند که اگر واقف وقف را از ید خودش اخراج کرد الی من وقفه علیه، لم یجز له الرجوع.

این صراحتی ندارد که از ملک خودش خارج کرده است. ولی به نظر من بعد التأمل باید این را بگوئیم. چون اخراج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه علی الظاهر یعنی اخراج عن يده از جهت ملکش. البته ممکن است کسی احتمال بدهد این اخراج عن يده الى من وقفه عليه اخراج از یدش هست به لحاظ اینکه اقباض طرف کند. چون قبض یکی از شرائط وقف است، شرط صحت وقف است، باید اخراج کند از ید خودش به من وقف علیه تا وقف تمام بشود. این هم یک شبهه ای است در مقابل آن احتمال ولی به نظر می آید که بعید نیست که اخراج الواقف الوقف عن يده این عبارت اخراج و عبارت کنائی باشد از اینکه از ملک خودش خارج کند به من وقف علیه. لذا در این عبارت شبهه ای وجود دارد و تصریح نیست.

اما ایشان در وقف علی من ینقرض کلامی دارد که تقریباً صراحت دارد که ایشان به خروج از ملک قائل است. چون آنجا تصریح می کند که مال به ملک موقوف علیهم وارد شده است. پس ایشان اصلاً دو چیز فرموده است: هم از ملک واقف خارج شده و هم به ملک موقوف علیهم در آمده است. پس ایشان مسلماً خروج از ملک را قبول دارد. می فرمایند^۲:

«فإن وقف انسان شيئاً على ولده و ولد ولده و لم يذكر شرطاً فيه بعد انقراضهم كان متى انقضوا و لم يبق منهم احد راجعاً ميراثاً على اقرب الناس من آخر المنقرضين من ارباب الوقف».

اگر کسی وقف کرد شیئی را بر ولدش و ولد ولدش و شرط دیگری نگذاشت که بعد از انقراض چه کنند وقتی منقرض شدند و هیچ کس باقی نماند به نحو میراث باز می گردد به اقرب الناس من آخر المنقرضين، که یعنی موقوف

^۱ - مقنعه صفحه ۶۵۲

^۲ مقنعه صفحه ۶۵۵

علیهم. میراث موقوف علیهم شدن لامحاله معنایی ندارد جز اینکه ملک موقوف علیهم باشد. و الا اگر ملک نباشد میراث ورثه آنها شدن هیچ وجهی ندارد و قابل فهم نیست.

پس اینکه ایشان می فرماید میراث ورثه موقوف علیهم می شود پس حتما آن را ملک موقوف علیهم می داند، و اگر ملک موقوف علیهم بداند لامحاله خروج از ملک واقف صورت گرفته است.

اینها استلزام هایی آن اثری است که ایشان مترتب کرده است. و به نظرم بلاشبهه و بلاریب شیخ مفید از آنهایی است که قائل است که با وقف مال موقوف از ملک مالک خارج می شود.

عبارت ابی الصلاح در کافی

واما ابو الصلاح در کافی ایشان در صدر بحث می فرماید^۱:

«فإذا تكاملت هذه الشروط فهي صدقة ماضية لا يجوز الرجوع فيها وإن اختل شرط فهي على ملك المتصدق».

ممکن است بگوئید این عبارت می گوید اگر اخلال شرط شد فهي علی ملک المتصدق. پس ظهور دارد که اگر اخلال شرط نشود و شروط تمام باشد از ملک متصدق خارج می شود و داخل می شود در ملک موقوف علیهم. پس ممکن است برخی از نحوه بیان ایشان چنین استفاده ای کنند.

ولکن این اشتباه است و به نظرم در کلام ابی الصلاح دقیق نشده اند. ابی الصلاح صدقه را دو قسم می کند: یک قسم صدقه ای که مطلق است، و وقتی صدقه واقع شد ملک متصدق علیه می شود. و متصدق علیه در آنی که قبض کرد و تمام شد می تواند بفروشد و هبه کند و هر کاری که بخواهد انجام بدهد. در این قسم می گوید که إذا تکاملت هذه الشروط آنوقت دیگر فهي صدقة ماضية و ظاهرا می خواهد بگوید در ملک متصدق علیه در می آید لذا از ملک متصدق خارج می شود. و این ربطی الان به بحث ما ندارد.

^۱ - الکافی فی الفقه صفحه ۳۲۴

ایشان می فرماید^۱: «فصل فی الصدقة. الصدقة وجه لتحريم التصرف على المتصدق و اباحته للمتصدق عليه». بعد می فرمایند «إذا تكاملت هذه الشروط، فهي صدقة ماضية لا يجوز الرجوع فيها و إن اختل شرط فهي على ملك المتصدق. و هي على ضربين (تصدق دو قسم دارد): احدهما يقتضي تملك الرقبة والثاني اباحة المنافع».

از این کلام فهمیده اند که ابی الصلاح قائل به خروج وقف از ملک واقف نیست. چرا؟ چون ابی الصلاح اینجا می آید صدقه را دو قسم می کند، می گوید یک قسمش اقتضاء دارد تملیک رقبه را، قسم دیگرش تملیک رقبه در آن نیست و فقط اباحه منافع است. در قسم اول که تملیک رقبه است، صدقه اصطلاحی را ایشان بحث کرده است، فرموده است: «فالاول أن يتصدق المرء بما يصح تصرفه فيه من الاعراض و الاموال أو الحيوان أو الرباع أو الأرض قاصدا الى تملك الرقبة من غير شرط، فتقبض أو يرتفع الحظر و يقبل فيخرج عن ملك المتصدق الى ملك المتصدق عليه ان شاء أمسك و ان شاء باع أو وهب».

ببیند اینجا بحث صدقه اصطلاحی است که انشاءالله بحثش بعد از کتاب وقف ما و در انتها خواهد آمد. در صدقه اصطلاحی می گویند که ما مالی را صدقه می دهیم قربة الى الله، این می شود مال متصدق علیه، بعد خواست امساک می کند و اگر خواست باع او وهب. اما وقف که اینطور نیست که اگر موقوف علیه گرفت بتواند بفروشد یا هبه کند.

پس این ضرب اول صدقه اصطلاحی است که در آن تملیک رقبه هست. و حالا ایشان هم که می گوید قاصدا الى تملك الرقبة این هم نکته مهمی دارد که انشاءالله بعد اشاره می کنم. بعد می فرماید:

«و الثاني (که اباحه منافع است) على ضربين: مشروط و مؤبد. و المشروط على ضربين: (می گوید قسم دوم که اباحه منافع است خودش دو قسم است، قسم مشروط و قسم مؤبد. قسم مشروطش خودش مثالهایی دارد، مثل اینکه:) منها أن يتصدق بمنافع داره أو أرضه أو رقيقه أو دابته على شخص معين مدة معلومة ثم ذلك راجع الى ملكه أو الى جهة من الجهات، فهي على شروطها»

بعد که آن مدتش تمام می شود بعد برمی گردد به ملک خودش یا به آن جهتی که آن گفته است، مثلا گفته است این منافع خانه برای شما تا ده سال و بعدش هم اینها للفقراء که جهت است، برمی گردد به آن جهت.

^۱ الكافي في الفقه؛ ص: ۳۲۴، ۳۲۵

محل استشهاد کلام ابی الصلاح

تا میرسد به اینجا که می فرماید و المؤبد. دوستان خوب دقت کنند، قسم دومی که ایشان می گوید در آن تملیک رقبه نیست، و از اینجا فقهاء فهمیده اند که ایشان خروج از ملک را قائل نیست و می گوید در آن قسم دوم که تملیک رقبه نیست خودش دو قسم است، مشروط و مؤبد. مؤبدش همین وقف است. لذا می فرماید:

«و المؤبد أن يحبس الرقبة و يجعل منافعتها لموجود معين من نسله أو غیرهم من الأقارب أو الأجانب و علی من يتجدد من ولده و ولد ولده أبدا ما تناسلوا أو الى غاية معلومة، فإذا انقضوا أو انتهوا إلى الغاية فذلك راجع الى بنی علي أو حسين أو جعفر عليهم السلام أو الى جهة من أبواب البر».

این جهت دوم که صدقه مؤبد است، و در این قسم می گوید اباحه منافع است و تملیک رقبه نمی شود، کما اینکه در مشروطش تملیک رقبه نمی شود، که مشروطش شبیه عمری و حبس اصطلاحی و رقبی است.

پس در واقع ابی الصلاح تقسیم کرده صدقه را تارة به صدقه ای که در آن تملیک رقبه می شود و از ملک من خارج می شود و به ملک او در می آید، و او هر کار خواست با آن انجام می دهد، می فروشد، هبه می کند و غیره. و صدقه ای که در آن اباحه منافع است و تملیک رقبه نیست، که خودش دو قسم است، مشروط (که معمولا مثل حبس و سکنی و رقبی و عمری است) و مؤبد که همان وقف اصطلاحی ما است که ایشان تعبیر میکند به صدقه خاص. با عبارتهای که واضح می باشد در رساندن مقصود مانند تا مادام که اینها باقی هستند برای آنها و بعد هم برای وجوه بر.

اشتباه در برداشت از کلام ابی الصلاح

فقهاء از این کلام ابی الصلاح که گفته است صدقه ضربین است یک قسمش تملیک رقبه و یک قسمش اباحه منافع ، می گویند خب واضح است که در این قسم دوم تملیک منافع نشده، پس خروج از ملک نیست و فقط اباحه منافع شده است. این را فهمیده اند که ایشان معتقد به عدم خروج می باشد.

عجیب این است که به مرحوم ابو الصلاح نسبت می دهند که تعلیل ایشان به فرموده پیامبر اکرم است که «حَبَسَ الاصل و سَبَلَ الثمرة». مثلاً مرحوم فخر المحققین در ایضاح الفوائد چنین چیزی فرموده است، فرمایش مرحوم شهید در مسالک نیز همینطور است و همچنین عده ای دیگر. در حالی که ما هر چه نگاه می کنیم ایشان از این باب نفرموده است که ملک باقی

است. آن حرف عامه است بعضی از عامه آنطور استدلال کرده اند. اینکه ابی الصلاح را همراه با عامه کنیم و بگوئیم ایشان هم اینجور استدلال کرده چنین چیزی نیست. چون استدلال غلط است. ابی الصلاح همچنین استدلالی نکرده است. منتهی حالا این بحث که ابی الصلاح استدلال کرده یا نکرده خیلی دخیل در بحث ما نیست. ما الان بحثمان این است که آیا این نسبتی که به ایشان داده اند که ایشان خروج مال موقوفه را از ملک قبول ندارد درست است یا نه؟

تدقیق در نظر ابی الصلاح

من در این عبارت دو تا دقت دارم، دوستان عنایت کنند، اگر این دقتها درست باشد به نظرم استناد عدم خروج مال از ملک واقف به ابی الصلاح درست نیست:

یکی اینکه بحث علی الظاهر بخاطر قرینه ای که در خود عبارت هم هست بر سر تملیک رقبه است؛ در مقابل جائی که تملیک نمی شود. و ثقل کلامش در مسئله این است که به ملکیت موقوف علیهم درآید. ثقلش این است. چرا؟ چون در ضرب اول مثال می زنند به صدقه اصطلاحی که به ملک موقوف علیهم در می آید و آنها هر کار خواستند می کنند، در آن قسم اول می گوید: أن یتصدق المرء بما یصح تصرفه فیه، تا اینجا که می فرماید: قاصدا الی تملیک الرقبه من غیر شرط فتقبض أو یرتفع الحظر و یقبل فیخرج عن ملک المتصدق الی ملک المتصدق علیه إن شاء أمسک وإن شاء باع أو وهب. ببینید ثقل حرف این است که این صدقه دو قسم است: در یک قسمش تملیک می شود بطوری که ملک متصدق علیه می شود و إن شاء أمسک و إن شاء وهب أو باع. و در مقابل گفته اباحه منافع می شود. به چه کسی اباحه منافع می شود؟ به این آقایان موقوف علیهم. یعنی ملک نمی شود فقط تصرفات برای آنها مباح می شود. صرف اینکه ما بگوئیم آقای واقف اباحه کرده و حبس کرده منافع را، کشف نمی کند که از ملکش خارج نمی شود. در مطلبم دقت بفرمائید.

مثال می زنم: شما ببینید ما بزرگانی داریم مثل سید صاحب عروه و مرحوم آخوند اینها بنابر مبنای خودشان که در وقف به معنی الایقاف، خروج از ملک را از ذات وقف نمی دانند، و دخول در ملک موقوف علیهم را نیز منکر می شوند. ولی در عین حال در وقف مؤبد ممکن است از باب تأیید بگویند خروج از ملک واقف واقع می شود، اما در همین صورت هم دخول در ملک موقوف علیهم را اول کلام می دانند. قائلین زیادی داریم که این نظر را دارند البته در صورتی که وقف با تمام شرائطش کامل شود.

اصلا فقهاء ما مسئله دوم را مترتب بر مسئله اول می کنند. می گویند اگر ما قائل شدیم به خروج مال از ملک واقف، آنوقت بحث می شود که آیا داخل در ملک موقوف علیهم می شود مطلقا، یا بگوئیم علی التفصیل بین جهات عامه و

خصوصی. یا تفصیل سوم است که بگوئیم یک جاهایی فقط فک ملک و تحریر است مثل مسجد، جاهای دیگر مختلف است.

پس می خواهیم این را عرض کنم: مرحوم ابی الصلاح می گوید {صدقه} یک قسمش اقتضاء می کند تملیک رقبه را، قسم دیگرش اباحه منافع را. من عرض می کنم اباحه منافع و تملیک هر دو محورش مخصوص متصدق علیه است. یعنی در قسم دوم به ملک موقوف علیهم در نمی آید بلکه مباح بر او است. ولیکن اینکه مباح بر او است ثابت نمی کند که نظر ابی الصلاح این است که در این ضرب دوم کلاً از ملک واقف هم بیرون نمی رود. نه، تابع نکاتی است. مثلاً ممکن است ما از کسانی باشیم که می گوئیم وقف ایقاف است، اصلاً اقتضاء خروج از ملک فی حد ذاته را ندارد، ولیکن وقتی که به نحو مؤبد منافع را به موقوف علیهم اباحه می کنیم، لامحاله از ملک واقف بیرون می رود. چرا؟ چون معنا ندارد اعتبار ملک برای این واقف. این حرفی است که خیلی ها زده اند.

بحث دقیقی شد. آن چیزی که ابی الصلاح می گوید این است که در یک قسم، تملیک رقبه لازم می آید، در قسم دیگر اباحه منافع. این برای این است که بگوئیم به ملک موقوف علیهم در نمی آید، اما از کجا می گوئید خروج از ملک را قائل نیست؟

ممکن است ایشان هم مثل فقهای باشد که می گویند لازمه تأیید در انتفاع دیگران و عدم امکان استفاده واقف از منافع این عین به هر شکل تا ابد، خروج از ملک باشد. مگر قائل شدن به این لازمه منافات دارد با حرف ایشان؟ کجا ایشان گفته است چنین لازمه ای وجود ندارد؟ آن چیزی که گفته این است که در قسم وقف اباحه منافع می شود برای موقوف علیهم، یا در عمری و سکنی اباحه منافع می شود، اما اینکه خارج نمی شود از ملک متصدق، این بستگی به این دارد که به خاطر تابیدش قائل به تلازم هستیم یا نه؟ ممکن است ایشان نیز مانند خیلی ها بگویند خارج می شود، چون اصلاً خروج منفعت به نحو تأیید یلزم سقوط اعتبار ملکیت از واقف، چون دیگر ملکیت برای او لغو است.

حالا ما این را نمی گوئیم، ولی عده زیادی اینطور استدلال می کنند.

نتیجه: مخالف اجماع بودن ابی الصلاح محرز نیست

بنابر این به نظرم اصل چنین استدلالی که همه پشت سر هم نسبت داده اند که ابی الصلاح این را قائل است قابل بحث است.

دقت کنید ما لازم نیست بگوئیم حتما اینطور است، بلکه همینکه تشکیک کنیم پس اجماع منخرق نشده و ما مخالفی نداریم.

البته ما فقط دو قول را بررسی کردیم بقیه اقوال انشاءالله جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۲۴۴
- خلاصه مباحث گذشته ۲۴۴
- ارکان متمم استدلال برای استصحاب بقاء ملک ۲۴۵
- وجود دلیل تعبدی اجماع بر خروج مال از ملک واقف ۲۴۶
- مخالفینی که برای نقض اجماع ذکر شده‌اند ۲۴۶
- نسبت مخالفت با اجماع به برخی فقهاء در کلام شیخ اعظم ۲۴۶
- نقل اجماع از شیخ طوسی در اثبات خروج از ملک واقف ۲۴۷
- تشکیک در اجماعات الخلاف و جواب از آن ۲۴۷
- دلیل دوم شیخ طوسی ره برای اثبات خروج از ملک واقف ۲۴۷
- اشکال در فهم اجماع مورد نظر از عبارت شیخ ۲۴۸
- جواب از اشکال به شیخ طوسی ره ۲۴۹
- عبارت المبسوط شیخ طوسی در اثبات خروج از ملک واقف ۲۴۹
- کلام ابن براج ره ۲۵۰
- توجیه کلام ابن براج ۲۵۲
- قرینه ای مازاد برای توجیه کلام ابن براج ره ۲۵۲
- شاهدی قویتر برای توجیه کلام ابن براج ۲۵۴
- کلام مرحوم طبرسی در مؤلف بر اثبات خروج از ملک واقف ۲۵۵
- عبارت مرحوم سلار در اثبات خروج از ملک واقف ۲۵۵
- عبارت قطب راوندی ره در اثبات خروج از ملک واقف ۲۵۶

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما به اینجا منتهی شد که آیا خروج مال از ملک مالک در وقف یک امر اجماعی است یا خیر؟

این بحث مهم در چند جای کتاب الوقف بحث می شود. در تحریرالوسیله هم در همین مساله ۱۷ آمده و هم در مسأله ۶۷ بحث می شود.

در این مساله استفاده ما از این بحث و ورود به آن، به خاطر جهتی ثانوی است. بحث در این بود که تکلیف مال موقوفه در وقف منقطع الآخر چه می شود؟ آیا به ارث ورثه موقوف علیهم می رسد یا برمی گردد به واقف یا ورثه واقف. عده ای استدلال کردند بر اینکه این مال به واقف یا ورثه واقف می رسد. مرحوم سید و عده ای از باب اینکه وقف را ایقاف می دانستند قائل بودند از اساس دلیلی بر خروج این مال از ملک واقف نداریم؛ مگر در مثل تأیید که از باب لازمه اش قائل به خروج شویم، و الا از باب خود وقف قائل به خروج نمی شویم و دلیلی نداریم که بگوئیم عین موقوفه از ملک واقف خارج شده است.

ما مباحثی مبنائی با مرحوم سید داشتیم که آغازگر این حرف بودند که الوقف هو الایقاف، که گذشت و تکرار نمی کنیم. خود ایشان حتی در وقف مؤبد هم بعدا تشکیک می کند که ملازم با خروج از ملک است. که در محل خودش بحث می کنیم. ولی آنچه مربوط به بحث حاضر است این است که ایشان می گوید در مثل وقف منقطع الآخر دلیلی بر خروج از ملک نداریم. پس در ملک واقف باقی است.

ما قبلا هم به کبرای فرمایش ایشان اشکال کردیم و هم بعدا گفتیم نتیجه آن حرف معلوم نیست که باقی ماندن در ملک واقف باشد. و لذا هم فرمایش ایشان و هم بر اساس مبنای خودمان که وقف را مجعول اصالی می دانستیم از باب استصحاب بقاء ملک درست کردیم.

ارکان متمم استدلال برای استصحاب بقاء ملک

منتهی در همینجا بحث های دیگری مطرح می شود، یعنی برای اینکه بخواهیم از طریق بقاء مال در ملک واقف و عدم خروج از آن بر ارث شدن برای ورثه واقف استدلال کنیم، باید چند رکن را درست کنیم.

اولا: باید نقش ادله تعبدی را بررسی کنیم. ممکن است شما بدون در نظر گرفتن ادله تعبدی بگوئید خروج از ملک رخ نداده است، ولی با رجوع به ادله تعبدی ممکن است بگوئیم عین موقوفه از ملک واقف خارج شده است.

دوم اینکه: ممکن است حتی در فرض پذیرش عدم خروج از ملک واقف، میراث شدن آن را نپذیریم. کما اینکه نسبت به موقوف علیهم کسانی که قائلند عین موقوفه به ملک آنها در می آید، می گویند چون این عین، متعلق حق بطون دیگر است میراث نمی شود. ممکن است کسی اطلاعات ادله وقف که «لایورث و لایوهب» را حتی شامل خود واقف هم بداند. لایورث و لایوهب فقط مال موقوف علیهم نیست بلکه مال خود واقف هم هست. لذا این هم مقدمه دیگری است که بعدا

باید صاف شود. پس تمامیت این نحوه استدلال مرحوم سید و دیگران که می گویند مال از ملک واقف خارج نشد، متوقف بر این است که اثبات شود این مال به ورثه واقف می رسد. در حالی که این اول کلام است و باید بررسی شود و البته محل بحث ما نیست.

وجود دلیل تبعدی اجماع بر خروج مال از ملک واقف

بحث در این است که آیا دلیل تبعدی بر خروج از ملک وجود دارد؟ ادعای ما این است که چنین دلیلی وجود دارد. پس فرمایش مرحوم سید یا استصحابی که ما گفتیم به وجود دلیل تبعدی نقض می شود. این دلیل تبعدی اجماع است. پس ادعا می کنیم اجماع وجود دارد که در وقف، عین موقوفه از مال واقف خارج می شود. در این مسیر هم اجماع منقول داریم که خواهیم خواند، و هم اجماع محصل داریم که از کلمات قوم حاصل شده است.

مخالفینی که برای نقض اجماع ذکر شده اند

تنها قائل به خلاف را ابی الصلاح دانسته اند. در جلسه قبل عبارات ابی الصلاح در کافی بررسی شد و عرض شد به نظر می رسد اگر در عبارت دقت شود دلالت آنها بر عدم خروج عین از ملک واقف، قابل تشکیک است. بله کلام ایشان در نگاه اول ظهور مائی دارد، ولی عند الدقة و التأمل چنین چیزی نیست. به نظر می رسد محور حرف ایشان عمدتاً نفی ورود در ملک دیگری است؛ نه نفی خروج از ملک واقف.

مرحوم سید با اینکه قائل بودند که وقف ایقاف است، در دو سه جای بحث وقف از ملحقات عروه می فرماید که اگر این ایقاف تأییدی باشد ملازم با خروج از ملک است. عده دیگری نیز ممکن است مانند ایشان قائل به این ملازمه باشند حال چه اشکال دارد که مرحوم ابی الصلاح نیز قائل باشد که در وقف، حبس {اصل و تسبیل} منافع می شود و عین موقوفه به ملک موقوف علیهم در نمی آید، ولی لازمه حرفش این باشد که از ملک واقف خارج می شود. این مانعی ندارد. پس با این تاملی که انجام دادیم دیگر کلام ایشان صراحت و حتی ظهوری در این ندارد که از ملک واقف خارج نمی شود. لذا حتی همین یک نفری را که مخالف حساب می کردند دیگر مخالف نیست.

نسبت مخالفت با اجماع به برخی فقهاء در کلام شیخ اعظم

تا به حال عبارت شیخ مفید و ابی الصلاح را خواندیم قبل از بررسی بقیه عبارات این نکته را عرض کنم که دوستان در ذهن شریفشان باشد؛ مرحوم شیخ انصاری در التقاطات (تقریرات شیخ حبیب الله رشتی) در مقام ذکر مخالفین ادعا کرده اند ابی الصلاح و قاضی در مذهب و حلی در جامع للشرایع مخالفند در حالی که علی الظاهر این نسبتها درست نیست.

ظاهر عبارت مذهب این است که از ملک واقف خارج می شود. ظاهراً مرحوم شیخ تا آخر بحث ایشان را نگاه نکرده است. همینطور در مورد جامع للشرایع یک نحوه ابهام و سکوت است، هیچ ظهوری ندارد در اینکه [از ملک واقف] خارج نمی شود. ایشان قیلی را مطرح کرده که شاید بخواهند از آن استفاده کنند، ولی به نظر می رسد این عبارات اصلاً صراحتی ندارد که نظر خودشان نیز همین است. حال ما انشاءالله این عبارات را بررسی می کنیم فقط این مطلب را عرض کردم تا در ذکر عزیزان باشد، از بررسی عباراتی که می خوانیم معلوم می شود که نسبت مرحوم شیخ درست نیست.

نقل اجماع از شیخ طوسی در اثبات خروج از ملک واقف

مرحوم شیخ طوسی در کتاب الخلاف می فرماید: «إذا وقف داراً أو أرضاً أو غیرهما فإنه یزول ملک الواقف و علیه اکثر اصحاب الشافعی... (بعد نظر برخی از اهل سنت را نقل کرده اند و در ذیل می فرمایند): دلیلنا اجماع الفرقه». پس یکی از کسانی که نقل اجماع می کند مرحوم شیخ طوسی است.

تشکیک در اجماعات الخلاف و جواب از آن

البته در مورد اجماعات الخلاف بعضی ها تشکیکاتی می کنند که آنطور اجماعی که می گویند نیست، ولی ما واقعا دلیلی بر این مطلب نداریم. بله ادعا شده است که شیخ طوسی در خلاف اجماعاتی دارد که در کتابهای دیگر اجماعات بر خلاف آن ادعا می کند. که این تضعیف می کند.

انصافش این است که شخصی مانند شیخ طوسی که متضلع و واقف به فقه است وقتی می گوید دلیلنا اجماع الفرقه، نمی توانیم اصل را بر این بگذاریم که {در همه جا این ادعای اجماع از اعتبار} ساقط شده است. بلکه اصل را باید بر صحت حرف ایشان بگذاریم مگر اینکه مطلب خلاف با آن اثبات شود که در آنجا {این اصل را} تخصیص می زنیم و {همان مورد را از تحت آن} خارج می کنیم. و الا صرف اینکه ما یک جا دو جا و پنج جا کشف خلاف کرده باشیم موجب این نمی شود که ما باید {همه اجماعات ایشان را} کنار بگذاریم. پس اول فرموده اند دلیلنا اجماع الفرقه.

دلیل دوم شیخ طوسی ره برای اثبات خروج از ملک واقف

بعد می فرمایند: «و لأنه لا خلاف أنه یقطع تصرف الواقف فی الرقبة و المنفعة و هو المعنی (یا و هو المعنی) بزوال الملك مثل البیع والعق».

این یک نکته خیلی مهم است. ممکن است کسی این را هم تضعیف کننده اجماع به معنایی که ما می خواهیم استفاده کنیم بداند. ما می خواهیم بگوئیم زوال ملک واقف شده است. ایشان می گوید یک دلیل، اجماع الفرقة است که به زوال ملک واقف تصریح کرده اند. دلیل دوم این است که می فرمایند خلافتی در این نیست که تصرف واقف در رقبه و در منفعت قطع شده است. یعنی واقف به هیچ وجه نمی تواند در رقبه و منفعت تصرف کند. نه می تواند تصرف تکوینی و فیزیکی کند و نه می تواند تصرف معاملی و وضعی کند. نه حق تصرفات از جهت تکلیفی دارد و نه از جهت وضعی. هیچکدام. پس می گویند این تصرفات قطع می شود. بعد هم می فرمایند هو المعنی بزوال الملك، مقصود از زوال ملک هم همین است، مانند بیع و عتق.

در فهم این عبارت خلاف چند بحث پیش می آید:

اشکال در فهم اجماع مورد نظر از عبارت شیخ

اولین بحث که ممکن است در ادعای اجماع ایجاد دشواری کند این است که ایشان می گوید مقصود از زوال ملک همین است که شما هیچ تصرفی نمی توانید بکنید. پس آن زوال های واقعی نیست. گوئی می خواهند بگویند که مقصود ما همین است که شما در واقع حق هیچ تصرفی ندارید. نه اینکه مقصود آن زوال ملکی باشد که دیگر اعتبار ملکیت نباشد. این یک مشکلی است که برای اجماع ایجاد می کند.

{این عبارت} ممکن است از منظر دیگری نیز برای اجماع مشکل ایجاد کند. زیرا این اجماع محتمل المدرکی بلکه مقطوع المدرکی می گردد. زیرا در کنارش مدرک ذکر می کنند. می فرمایند: دلیلنا اجماع الفرقة، بعد کنارش می گویند اصلاً دلیل وجود دارد که چرا ملک نیست. چون واقف مسلّم است که حق هیچگونه تصرفی ندارد نه وضعاً و نه تکلیفاً، نه تصرف تکوینی می تواند بکند و نه تصرف معاملی می تواند بکند. هیچکدام. بر [اساس] این دلیل آورده اند که چون نمی تواند تصرف کند مالک نیست. پس کاری به اجماع نداریم، دلیل داریم. اقلش این است که این اجماع ها محتمل المدرک است یعنی مجمعی به همین دلیل تمسک کرده اند، پس از استدلال ساقط می شود.

پس دو مشکل از این بیان برای ما پدید می آید.

این بیان هم مختص به شیخ طوسی نیست، بلکه در این مسیری که جلو می رویم موارد دیگری هم فقهاء به همین تمسک کرده اند برای اینکه بگویند زوال ملک در اینجا از باب عدم حق تصرف واقف در ملکش و منافعش هست نه اینکه بخواهند به صرف تعبد تمام کنند. پس این هم یک مسأله مهمی است.

جواب از اشکال به شیخ طوسی ره

منتهی به نظرم می آید اینها قابل جواب است. محتمل المدرکیت را می گذاریم برای آخر، چون دیگران هم ممکن است آن را ادعا کرده باشند. اما نسبت به مقصود از زوال ملک، به نظر من ایشان می گوید همین که شما هیچ تصرفی نمی توانید بکنید، از باب اینکه لازمه منع و قطع تصرف واقف در رقبه، زوال ملک [حاصل] است. اینکه می گوید معنی چیزی که گفتیم این است، احتمالاً مقصود این است که ملازم است با زوال ملک. چرا این حرف را می زنیم؟ (اگر این شاهد نبودیم شاید نمی توانستیم بگوئیم)، [چون] ایشان مثال زده است به بیع و عتق. خب در بیع و عتق که واقعا زوال ملک است. وقتی که کسی تملیک می کند دو تا مالک که ندارد. وقتی ما تملیک می کنیم اینطور نیست که ملک من باقی باشد و فقط من دیگر حق تصرف تکوینی و منفعتی در این ملک نداشته باشم. وقتی من بیع می کنم ملکیت به فرد مقابل من منتقل می شود. درست است که من حق ندارم در آن تصرف کنم، ولی به همین بسنده نمی شود که من حق تصرف ندارم. واقعا ملک منتقل می شود به طرف مقابل و من دیگر مالک نیستم زوال ملک است. این مثالی که ایشان زده به نظر من شاهد برای این است که وقتی می فرماید و هو المعنی بزوال الملک، نمی خواهد بگوید مقصود ما از زوال ملک صرف انقطاع استفاده کردن من است. یعنی ولو ثبوتاً اعتبار ملکیت هم باشد. نه، ما با این شاهی که ایشان ذکر کرده می خواهیم بگوئیم این نیست، و ایشان وقتی می گوید زوال ملک یعنی زوال ملک، و دیگر اعتبار ملکیت ندارد و مالک نیست.

بله این را می توانیم استفاده کنیم که این زوال ملک ناشی از منع از تصرفات است. این حرف اشکالی ندارد. چون به لحاظ شرعی ولعل عقلایی کسی که وقف می کند دیگر حق تصرف در عین و منفعت ندارد، لذا اصلاً اعتبار ملکیت برای او نمی کنند. خب این یک حرفی است و اشکال هم ندارد. ولی زوال ملکیت را ایشان قائل شده است.

پس در الخلاف اینطور می فرماید.

عبارت المبسوط شیخ طوسی در اثبات خروج از ملک واقف

در المبسوط می فرماید^۱: «إذا ثبت هذا فالوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة و جمعه و قوف، ... (تا اینجا که می گوید): فإذا وقف شیئا زال ملكه إذا قبض الموقوف علیه أو من يتولى عنه». اگر تقبیض کرده باشد مال موقوفه را به موقوف علیه یا متولی، در این صورت إذا وقف شیئا زال ملكه. حالا إذا قبض از باب این است که تقبیض در واقع از شرائط صحت وقف است.

^۱ - مبسوط جلد ۳ صفحه ۲۸۷

در صفحه بعد می فرماید: «إذا وقف أرضاً أو داراً أو غیرهما و قبضه فإنه يزول ملك الواقف كما يزول بالبيع. و قال بعضهم إنه لا يزول» که این بعضهم علی الظاهر عامه است، كما اینکه در الخلاف ایشان وقتی فرمود که زال ملک الواقف، گفت اکثر شافعیه هم همین را می گویند اما برخی از عامه را مثل ابن سریج نام می برد که گفته اند [زائل نمی شود] از باب حبس الاصل و سبل الثمرة [که] معلوم می شود می خواهند اصل را نگه دارند به ملک مالک باقی بماند، که حالا این را هم جواب داده اند، که ما هم شاید بعداً این را بحث کنیم. مقصود این است که این عبارت در مبسوط هم تکرار شده است که زوال ملک هست.

کلام ابن براج ره

نحوه بیان ابن براج در مذهب قدری شبیه بیان ابی الصلاح است، و لعل از این باب مرحوم شیخ انصاری فرموده بود که ابی الصلاح و مذهب. منتهی به نظرم دقت نکرده اند که قیافه کلی بیان ایشان شبیه ابی الصلاح است ولی در جای جایش واقعا فرق می کند.

ایشان هم آمده است صدقه را بر دو قسم دانسته است^۱، مطلقه و غیر مطلقه. و در مطلقه می گوید کل صدقة حصلت عاریه من جمیع الشروط. اگر صدقه ای عاری از همه شروط باشد این صدقه مطلق است. آنی که مطلق نیست دو قسم است مشروط و مؤبد. مشروط هر صدقه ای است که علق الانتفاع بشرط لا یفید التأبید، (مثل حبس)، صدقه ای که به شرطی معلق شده و مفید تأبید نیست. «اما المؤبد فهو كل صدقة شرط ایصال الانتفاع بها الى أن يرث الله تعالى الارض و من علیها. و الصدقة المطلقة یقتضی التملیک لرقبة الملك المتصدق به، و یصح من المتصدق علیه به التصرف فی ذلک بالبيع و الهبة و غیره من وجوه التصرف».

ایشان می گوید صدقه مطلقه اقتضاء می کند تملیک رقبه را. این کلام شبیه فرمایش ابی الصلاح است که می گفت یقتضی التملیک را. یقتضی تملیک رقبه را به متصدق علیه، آنوقت متصدق علیه می تواند هر کاری با آن کند، بفروشد و تصرفات وضعی دیگر کند، که این شبیه فرمایش ابی الصلاح است.

بعد فرموده: «و اما الصدقة المشروطة فإنها إذا وقعت كذلك اقتضت تملیک الانتفاع بمنافعها دون الملك (اینجا تصریح می کند که در صدقه مشروطه اقتضاء می کند انتفاع به منافع را دون رقبه الملك، رقبه ملک را مالک نمی شود)، و لا یصح تصرف المتصدق علیه بها فی رقبه الملك (و متصدق علیها تصرف هم نمی تواند کند در رقبه و رقبه را مثلاً نمی تواند

^۱ - المذهب جلد ۲ صفحه ۸۷

بفروشد، متصدق علیها فقط باید انتفاع ببرد)، بل له التصرف فی المنافع بحسب ما یقتضیه الشرط الحاصل فیها (که این حبس است و اخواتش از سکنی و عمری، آنها داخل در این صدقه مشروطه می شوند. چون در بالا گفت صدقه مشروطه آن چیزی است که انتفاع از آن را برای متصدق علیه با شروطی قرار داده است. پس باید شروطش را رعایت کند و او می تواند انتفاع برد و تصریح می کند از رقبه خارج نمی شود.) شاید همین باعث شده است که شیخ انصاری آن فرمایش را بفرماید، ولی به نظرم درست نیست.

پس یک صدقه مطلقه داریم که صدقات اصطلاحی است که شخص متصدق در واقع قصد تملیک می کند به متصدق علیها، شرطی هم ندارد لذا از ملکش خارج می شود و به ملک متصدق علیها در می آید و او می تواند با این مال متصدق بها هر کاری انجام دهد، بیع و شراء کند، از ملکش خارج کند.

همین صدقه، {غیر مطلقه نیز دارد که تقسیم می شود به دو قسم یک قسمش { مشروطه است، که از ملک خارج نمی شود، باید شروطش را رعایت کرد. این ظاهراً مثل حبس و سکنی و رقبی است که در اینها رقبه منتقل نمی شود ولی انتفاع آن شخص هست علی شروط.

پس ما صدقه مطلقه داریم و غیر مطلقه. غیر مطلقه اش تقسیم می شود به مشروطه و مؤبد. این را دوستان خوب دقت کنند، اینجاهاست که ما عرض می کنیم دوستان دقت کنند که شاکله ها نباید ما را گول بزنند. به نظر من فرق می کند، عبارت را ببینید: «و اما المؤبد فإذا وقعت الصدقة علیه کانت وقفا و حبسا».

آنجا ظاهراً ابی الصلاح نداشت که این وقف است. ما البته گفتیم وقف است و روشن است که وقف است، آن قسم سوم را فرموده بود والمؤبد أن یحبس الرقبة و یجعل منافعها لموجود من نسله ... اسمی از وقف اینجا نیاورد. اما ایشان عبارت وقف را بکار می برد. آن هم البته وقف بود منتهی اسم نیاورد. می فرماید «و اما المؤبد فإذا وقعت الصدقة علیه کانت وقفا و حبسا و اقتضت صحة التصرف فی منافعها من الموقوف علیه الی حین انقراضه ثم ینتقل ذلک الی من شرط و رجوع ذلک الیه من بعده. (بعد می گوید:) فإذا وقف انسان وقفا فیجب أن یدکر الموقوف علیه و یقصد به وجه الله تعالی فإن وقف و لم یدکر الموقوف علیه و لا قصد به وجه الله لم یصح الوقف».

پس عبارت سوم این شد که می گوید: اما در مؤبد وقتی وقعت الصدقة علیه یعنی به نحو تأبید این وقف است و حبس است، بعد می فرماید و اقتضت، چه اقتضائی می کند؟ اقتضت صحة التصرف فی منافعها من الموقوف علیه الی حین انقراضه. انقراضه می کند صحت تصرف موقوف علیه را تا حین انقراض، بعد الانقراض باید به آن شرطی برگردند که واقف قرار داده است، مثلاً گفته باشد للفقراء والمساکین. که قبلاً گفته بودیم که بعد از انقضاء خیلی وقتها می گویند للفقراء و المساکین که مشکل وقف را حل کند. خب تمام شد.

توجیه کلام ابن براج

حالا سؤال می کنیم که اولاً: کجا ایشان گفته است که از ملک واقف خارج نمی شود؟ گفته اقتضت صحة التصرف فی منافعها.

ثانیاً: اگر یاد دوستان باشد این کاری بود که لااقل شیخ انصاری انجام داده بود، (حالا قبل از ایشان را نمی دانم) و مرحوم آخوند هم از ایشان گرفته بود، که گاهی مالک در وقف انشاء تملیک می کند که این وقف انشاء تملیک است که در آن تملیک واقف و مالکی رخ می دهد. و گاهی ممکن است بگوئیم این نیست، بلکه اصلاً وقف خودش یک بابی است که لازمه اش تملیک است.

ثالثاً می توانیم بگوئیم اصلاً هیچکدام نیست. ما انشاء الوقف می کنیم، وقف خودش یک مقوله ای است. انشاء می کنیم وقف را نه در خودش تملیک است، نه لازمه اش تملیک است. اگر هم باشد از باب یک حکم شرعی است. مرحوم شیخ انصاری خروج از ملک را قبول دارد، ولی در کتاب الوقف برخلاف آن احتمالاتی که در اول مباحث می داد که وقف تملیک است، در وسطها و آخرهای بحث عدول می کند و می گوید در وقف علی الظاهر بر حسب استفاده از کلمات فقهاء انشاء التملیک از ناحیه مالک نیست. انشاء الوقف است. لازمه اش هم تملیک نیست. ولكن قبول می کند که لازمه وقف، خروج از ملک واقف هست. انشاء تملیک نیست ولی خروج از ملک واقف هست.

پس برخی فقهاء حرفشان این است که با وجود اینکه انشاء تملیک نیست، با وجود اینکه حتی لازمه اش تملیک نیست، ولی قبول دارند خروج از ملک را از باب اینکه یک حکم شرعی مستقل باشد.

حال عرض ما این است که مرحوم ابن براج در مذهب قائل است که اگر صدقه مؤبد باشد وقف است و حبس است واقتضاء می کند تصرف در منافع را از ناحیه موقوف علیهم، اما کجا تصریح کرده است که از ملک واقف خارج نمی شود؟ چنین چیزی ندارد. پس از کجا فهمیدید که ایشان مخالف با خروج از ملک واقف است؟

قرینه ای مازاد برای توجیه کلام ابن براج ره

حالا ما می خواهیم یک قرینه مازاد عرض کنیم که شبیهش در کلام ابی الصلاح نیست: ایشان در صدقه مشروطه گفت اقتضت تملیک الانتفاع بمنافعها دون رقة الملك. اما در مؤبد این را نمی گوید. چرا نمی گوید؟ اینجا هم که اقتضت صحة التصرف در منافع را، چرا آن حرف بالا را تکرار نکرد؟ مگر بالا نگفت اقتضت تملیک الانتفاع بمنافعها و طبیعتاً معنایش صحت تصرف متصدق علیهم است، چرا در بحث وقف نمی گوید که اقتضاء می کند صحت تصرف در منافع را

دون رقبه الملک؟ چرا این را نگفته است؟ که بیاید بگوید رقبه ملک اینجا در اختیار او نیست. این را هم نگفته است. پس لسانش فرق می کند.

نکته سوم این است که: در بالا می گوید در حبس و مانند آن تملیک رقبه نمی کند ولی در پائین اصلاً این را نگفته است. دوستان خوب دقت کنند، اگر ایشان این تملیک رقبه را می گفت یک حرف بالاتر از آن چیزی می شد که ما داریم می گوئیم. این را دوستان خوب دقت کنند، اگر تملیک منافع می گفت (که من می گویم ایشان نفی نکرده است) دو نکته از آن برداشت می شد: یکی اینکه گوئی در وقف انشاء تملیک مالکی هم کرده است، که این خود بحث مهمی است، ثانیاً گوئی با این بیان تملیک، به ملک موقوف علیهم هم در آورده است. که ما الان این را نمی خواهیم بگوئیم، چون خودش یک بحث جدیدی است. ما الان فقط می خواهیم بگوئیم ملک واقف زائل می شود.

نتیجه چه شد؟ می خواهم عرض کنم که مرحوم ابن براج در مذهب هیچ سخنی در نفی انتقال از مالک نگفته است. آن چیزی که ایشان نفی کرده در قسم دوم است، در اینجا اصلاً تملیک را نفی نکرده است. ثانیاً حتی اگر تملیک را نفی می کرد، دلالت بر اینکه [نفی] زوال ملک از واقف هم شده نمی کرد. چرا؟ برای اینکه انشاء تملیک از ناحیه واقف خودش یک مسأله جدید است که مرحوم شیخ انصاری در اواسط کار از آن عدول می کند، و برخی مانند مرحوم سید در بحث وقف آن را نمی پذیرند، می گویند الوقف هو الايقاف. گرچه در مسأله مربوطه که می گوید الوقف هو الايقاف قائل است که در وقف خروج از ملک نیست مگر از باب تأبید که بعد باز در آن هم شک می کند. لذا در مسأله بعدش می گوید هذا لا ینافی که واقف انشاء تملیک کند و به ملکیت طرف هم در بیاید.

پس حرفش این است که الوقف هو الايقاف، وقف بما هو وقف می تواند خالی از انشاء تملیک باشد و به ملکیت موقوف علیهم هم در نیاید. اولین حرفم با مثل مرحوم شیخ و دیگران که همچنین استفاده عجیب و غریبی از این عبارت مذهب کرده اند این است که کلام مذهب خالی از این نکته است که در آن رقبه و ملک تملیک نمی شود. ثانیاً به قرینه مقابله با بالا به نظر می آید که اصلاً ایشان نمی خواهد این حرف را بزند که تملیک نیست. ثالثاً می خواهم عرض کنم که حتی اگر تصریح می کرد که تملیک نیست، معنایش این نبود که زوال ملک از واقف نمی شود. تملیک نیست، یعنی انشاء تملیک نیست و به ملک موقوف علیهم در نمی آید. اما معنایش این نیست که از ملک واقف زائل نمی شود. از کجای کلام ایشان مرحوم شیخ انصاری در آورده است که ایشان مخالف هستند؟ ما نمی فهمیم. عبارتهای ایشان با عبارت ابی الصلاح فرق کرد، گرچه در ابی الصلاح هم ما گفتیم این ثابت نیست، اما اینجا فرقی این است که سه قسم کرد و در مؤید نگفت که لا یقتضی التملیک. بالا گفت اقتضت تملیک المنافع دون رقبه الملک، در پائین این را هم نمی گوید، که اگر می گفت هم دلالت نداشت به بیانی که عرض کردیم.

این تمام الکلام در فرمایش مهذب جلد ۲ صفحه ۸۷.

این در صدر کلام.

شاهدی قویتر برای توجیه کلام ابن براج

حالا می خواهیم شاهدی قوی تری بیاوریم که اصلا مهذب چیز دیگری گفته است.

در ذیل عبارت مهذب می فرماید:^۱ «و إذا وقف الانسان شيئا ثم اخرج من يده و ملكه لم يجز له تغيير شيء من شروطه و لا الرجوع فيه و لا في شيء منه و لا نقله من وجوه و لا عن شيء منها».

اینجا گرچه ایشان نگفته است که اخراج عن ملكه عین وقف است، خوب دقت کنند دوستان، می گوید و إذا وقف الانسان شيئا ثم اخرج من يده و ملكه، ممکن است کسی از این ثم بخواهد تفریع را استفاده کند، بگوید پس بنابراین به خود وقف خروج از ملک حاصل نمی شود، بلکه بعدا این خروج از ملک حاصل شده است. ولی ما می گوئیم این هم دلیل ندارد. بخاطر اینکه ثم اخراج من يده و ملكه ممکن است بیان برای همین وقف باشد. اگر دوستان این را قبول ندارند و می گویند «ثم» برای تفریع است، خب یک تفریعی باشد مثل بیانی که از دیگران نقل کردیم، یعنی در خود وقف اخراج از ملک نهفته نیست، ولی لازمه اش اخراج از ملک است. شخص وقف می کند ثم یلزم منها اخراج از ملک. ممکن است مقصود این باشد.

پس چه ما ثم اخراج من يده و ملكه را بیان بگیریم برای وقف و چه اینکه یک امر مترتب بگیریم، در هر حال دلالتی بر اینکه حقیقت وقف لازمه اش هم خروج از ملک نباشد ندارد. بلکه برعکس می خواهیم بگویم که ثم اخراج من يده و ملكه به نظر می آید هر دوی آنها از لوازم وقف است، حالا یکی از آنها ملزوم است و یکی لازم است. به این معنا که اخراج من يده از شرائط صحت وقف است، یعنی اقباض کند. اخراج من يده و ملكه عطف به همدیگر هم هستند، یعنی در وقف باید اخراج کند از ید و اخراج کند از ملک. بنابر این برعکس استفاده ای که برخی می خواهند بکنند از ثم که داخل در وقف نیست، ما می گوئیم مسلما باید لازمه وقف این باشد، یا ملزومش یعنی شرط صحتش باشد. مثلا اخراج من يده شرط صحت است، اخراج من يده از لوازم وقف است که باید خارج کند از ملکش یا حقیقت وقف باشد، و ثم در اینجا دلیلی بر تفریع به معنای ترتیب یک اثر بر یک شیئی نیست.

این هم ذیل کلام مهذب.

^۱ - المهذب جلد ۲ صفحه ۸۸

کلام مرحوم طبرسی در مؤتلف بر اثبات خروج از ملک واقف

مرحوم طبرسی در مؤتلف من المختلف تصریح می کند. مسأله ۳: «إذا وقف دارا أو أرضا أو غیرهما فإنه یزول ملک الواقف و علیه اکثر الاصحاب». و بعد کلام ابن سریج از عامه را نقل می کند که او قول خلاف دارد، آن هم به استدلال اینکه حبس الاصل و سبل الثمره مثلا خروج از ملک نیست. ظاهرا از ما کسی را نقل نکرده است.

عبارت مرحوم سلار در اثبات خروج از ملک واقف

عبارتی از مراسم سلار نیز هست. این قابل بحث است. سلار دیلمی متوفی ۴۶۳ است، تقریبا مثل شیخ طوسی. و لذا فوتش نزدیک ۸۰ سال قبل از طبرسی است. این را هم بخوانیم خوب است. ایشان در ذیل بحث وقف می فرماید: «و إن قال لعشیرتی کان لمن هو اقرب الیه فی نسبه و إن اطلقه و لم یدکر ما یصنع فیه بعد انقراض من وقف علیه کان إذا انقضوا میراثا لاقرب الناس الیه».

این میراثا لاقرب الناس الیه در واقع مصداق وقف منقطع الآخر را ذکر کرده است. می گوید اگر کسی بگوید این مال برای عشیره من هست، در این صورت کان لمن هو اقرب الیه فی نسبه، و اگر مطلق گذاشت بعد از عشیره و نگفت مال چه کسی باشد ذکر نکرد که بعد از انقراض موقوف علیهم به چه کسی برسد، که بحث منقطع الآخر است که بحث ما است، می گوید کان إذا انقضوا وقتی که منقرض شدند میراثا لاقرب الناس الیه، این عبارت ابهامی دارد. اینکه میراثا لاقرب الناس الیه اگر برگردد به موقوف علیهم، می شود کلام شیخ مفید. اگر یاد دوستان باشد شیخ مفید هم همین عبارت را می آورد، البته یک قدری فرق می کرد ولی اینطور می گفت که میراث می شود لاقرب الناس الی آخرین کسی که در منقرضین هست. تقریبا تصریح بود که مال منقرضین است. این می گوید میراثا لاقرب الناس الیه. الیه یعنی چه کسی؟ یعنی من وقف علیه. این ضمیر الیه بر گردد به من وقف علیه. آنوقت اگر این باشد لازمه اش حتما خروج از ملک واقف است. اما اگر بگوید میراثا لاقرب الناس الیه یعنی به واقف، میراث واقف شود، آنوقت دیگر این استدلال صحیح نیست و دلیلی بر این وجود ندارد که در وقف خروج از ملک واقف رخ می دهد.

بنابراین در کتاب مراسم سلار هم این عبارت هست و بعید هم نیست که لاقرب الناس الیه یعنی همین من وقف علیه باشد. اگر این باشد خروج از ملک است.

۱- المؤتلف من المختلف جلد ۱ صفحه ۶۷۳

۲- المراسم العلویة صفحه ۱۹۸

عبارت قطب راوندی ره در اثبات خروج از ملک واقف

قطب الدین راوندی متوفی ۵۷۳ هم اینطور می گوید: «فإذا وقف شيئاً من املاكه زال ملكه عنه إذا قبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه و إن لم يقبض لم يخص الوقف». می گوید فإذا وقف شيئاً من املاكه زال ملكه عنه، پس اینجا هم زوال ملک را مسلم گرفته است.

بعد البته این حکم را هم دارد که «فإذا قبض الوقف فلا يجوز الرجوع له فيه بعد ذلك و لا التصرف فيه بيع و لا هبة و لا غيرها و لا يجوز لاحد من ورثته التصرف فيه». البته این ذیل واقعا دلیل نمی شود. ممکن است کسی بگوید از ملک واقف خارج نمی شود ولی حق هیچ تصرفی را هم ندارد. ولی آن عبارت بالا نص بود که فإذا وقف شيئاً من املاكه زال ملكه عنه.

این تا قطب الدین راوندی. بعد کلام ابن زهره است که ادعای اجماع کرده است. انشاءالله جلسه بعد.
«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

| | |
|---|-----|
| مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... | ۲۵۸ |
| خلاصه مباحث گذشته..... | ۲۵۸ |
| نسبت اشتباه عدم خروج ملک به مذهب و جامع للشرایع از طرف مفتاح الکرامه..... | ۲۵۸ |
| نقل اقوال فقهاء از زمان ابن زهره تا زمان مرحوم فیض رحمهم الله..... | ۲۶۰ |
| عبارت ابن زهره در غنیه..... | ۲۶۰ |
| عبارت ابن ادریس در سرائر..... | ۲۶۰ |
| عبارت کیدری در اصباح الشیعه..... | ۲۶۱ |
| عبارت محقق حلی در شرایع..... | ۲۶۱ |
| عبارت یحیی بن سعید در الجامع للشرایع..... | ۲۶۲ |
| عبارت قمی سبزواری در جامع الخلاف و الوفاق..... | ۲۶۳ |
| عبارات مرحوم علامه حلی..... | ۲۶۳ |
| عبارت فخر المحققین در ایضاح..... | ۲۶۴ |
| عبارات شهید اول در دروس..... | ۲۶۵ |
| عبارت شمس الدین حلی در معالم الدین..... | ۲۶۵ |
| عدم تشخیص نظر ابن فهد حلی..... | ۲۶۵ |
| عبارت ابن طی در مسائل..... | ۲۶۶ |
| عبارت محقق کرکی در جامع المقاصد..... | ۲۶۶ |
| عبارات شهید ثانی..... | ۲۶۶ |
| عبارت شیخ بهائی در جامع عباسی..... | ۲۶۷ |
| عبارت مرحوم مجلسی اول..... | ۲۶۸ |
| عبارت محقق سبزوای در کفایه..... | ۲۶۸ |
| عبارت مرحوم فیض در مفاتیح الشرایع..... | ۲۶۸ |

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض**خلاصه مباحث گذشته**

بحث ما در این بود که آیا در بحث وقف اجماعی داریم بر اینکه با تمام شدن وقف و حصول شرائطش مال موقوفه از ملک واقف خارج می شود؟

اما اینکه داخل در ملک موقوف علیهم می شود یا به ملک خداوند متعال در می آید یا از صنف فک و تحریر ملک است بحث دیگری است که محل بحث ما نیست.

ما برخی کلمات را تا اینجا خواندیم. مهمترین بحث این بود که مرحوم ابی الصلاح حلبی در کافی را مخالف صریح می دانستند، و دیدیم که واقعا صراحتی ندارد، گرچه ممکن است در وهله اولی یک ظهورمائی داشته باشد ولی عند التأمل با تفکیک بحث تملیک از بحث خروج از ملکیت می فهمیم هیچ صراحتی که ندارد بلکه ظهور هم ندارد.

نسبت اشتباه عدم خروج ملک به مذهب و جامع للشرایع از طرف مفتاح الکرامه

در این بحث عبارت دیگری پیدا کردیم: مرحوم صاحب مفتاح الکرامه علاوه بر قول ابی الصلاح در کافی، مذهب و جامع للشرایع را هم مخالف اجماع می داند. ایشان تعبیرشان این است: «و هو أى عدم الزوال ظاهر الکافی و المذهب و جامع الشرایع»^۱.

دیروز هم عرض کردیم که مرحوم شیخ انصاری در تقریراتشان که احتمال دارد از اینجا گرفته باشند فرمودند: مخالفین اجماع صاحبان کتب کافی، مذهب، جامع للشرایع میباشند.

در جلسه قبل هم کافی را بحث کردیم و هم مذهب را و عرض شد گرچه شاکله مذهب مانند کافی است ولی در دو جا عبارات مذهب فرق اساسی با کافی دارد.

یکی این که در قسم دوم صدقه که حبس بود و ایشان به عنوان صدقه مشروطه آوردند، قائل شدند که تملیک رقبه نمی شود؛ اما در وقف که از قسم صدقه مؤبد است عبارتی دال بر عدم تملیک نداشتند. البته حتی اگر ایشان می گفت تملیک نمی شود باز هم دلالت بر عدم خروج نمیکرد چون ممکن است خروج از ملک بشود ولی تملیک نباشد. و لکن این مقدار را هم نگفته است.

^۱ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیث)، ج ۲۱، ص: ۶۶۱

فرق دوم اینکه در مذهب در پایان بحث عبارتی دارند که در کافی ابی الصلاح نیست. ایشان می فرماید «و إذا وقف الانسان و اخرج من یده و ملکه لم یجز (تغییرش)». و واضح است این اخراج از ید و ملک به وسیله وقف است نه به سبب دیگری؛ پس معلوم می شود وقف، موجب اخراج از ملک می شود.

منتهی مرحوم صاحب مفتاح الکرامة مطلبی دارد که می خواهیم آن را بیان و نقد کنیم. ایشان می فرماید: «واما المذهب فإنه قسّم الصدقة تقسیم الکافی فمن تأمل العبارتین و اجاد التأمل عرف أنهما علی معنی واحد لا فرق بینهما فی المراد»^۱. ایشان قائلند عند التأمل مذهب و کافی یک مطلب را می گویند. البته ایشان گفته به شرط اینکه در دو عبارت خوب تأمل شود و انشاء الله ما اجاد التأمل هستیم. تأمل هم کردیم ولی بین اینها فرق می بینیم. عجیب است که صاحب مفتاح الکرامة به فرق اول {توجه دارد} که در تحبیس که نوعی صدقه مشروطه است تصریح به عدم تملیک و عدم اقتضاء تملیک، کرده است اما درباره وقف یعنی قسم مؤبد نفروده است. خب این فرق دقیقی است.

بله فقط ایشان می گوید که «الا أنه قال فی المذهب بعد ذلک باسطر كثيرة إذا وقف الانسان و اخرج من یده و ملکه لم یجز». که این هم ظهور دارد که اخراج از ملک کرده است. منتهی ایشان می گوید: «و هذا یمکن تأویله بإرادة اخراج منفعته من یده لیوافق ما قبله»^۲.

این تأویل خیلی عجیب است. ایشان تصریح کرده که آن شیء وقف شده و روشن است که در وقف، منفعت وقف نمی شود بلکه عین وقف می شود. در عبارت «إذا وقف الانسان و اخرج» این ضمیر اخرج را به چه برمی گردانید؟ عجیب است که به منفعت برگردانید. ضمیر اخرج به همانی برمی گردد که وقف شده است. إذا وقف الانسان یعنی شیئا و عینا و اخرج من یده، اخراج از ید هم برای عین است، یعنی تقییض عین کند، نه منفعتش. ضمیر «و ملکه» هم یعنی ملک همین عین را اخراج کرده است. کجا به منفعت باز می گردد؟ واضح است که این یک تأویل من غیر رضایت خود مؤلف است و لایرتضی به مسلما. در ادامه ایشان وجه این تأویل را «لیوافق ما قبله» می داند. در حالیکه ایشان قبلش چیزی نگفته بود که موافق این تأویل باشد. ما قبلا عبارات را خواندیم دیگر تکرار نمی کنیم، در مذهب عبارتی که صراحت یا ظهور در {عدم} خروج از ملک واقف داشته باشد نیامده است. بله در عبارت ابی الصلاح از عبارت «لا یقتضی التملیک» ممکن است ادعای ظهوری ابتدائی شود در {عدم} خروج مال از ملک واقف، همان را نیز انکار کردیم ولی در مذهب همین عبارت هم نیست.

^۱ مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۶۶۱

^۲ مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۶۶۲

نقل اقوال فقهاء از زمان ابن زهره تا زمان مرحوم فیض رحمهم الله

عبارت ابن زهره در غنیه

مرحوم ابن زهره در غنیه فرموده اند: «و إذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف و لم یجز له الرجوع فی الوقف ... بدلیل الاجماع المشار الیه».^۱

این خیلی مهم است، صاحب غنیه در قرن ششم (یعنی ۵۰۰ تا ۵۸۵) می گوید بدلیل الاجماع المشار الیه که یعنی همه این احکامی را که در قبل از این درباره وقف ذکر کرده است اجماعی است. پس ایشان ادعا می کند در آن زمان اجماع فقهاء بر این مطلب بوده است.

البته ایشان عبارتی دارد شبیه عبارت شیخ طوسی که زوال ملک یعنی انقطاع تصرف واقف در رقبه و منافع آن. دیگران هم همین را نقل می کنند منتهی بیشتر به همان احتمال دوم ما نقل کرده اند، که معنای زوال ملک این است یعنی در واقع علت قول ما به زوال ملک این است. ولذا می گویند در بیع هم همینطور است، در عتق هم همینطور است، خب در آنها که حتما زوال ملک می شود. مقصودشان این است که وقتی انقطاع واقف شد از رقبه و منفعت، لازمه اش زوال ملک است، نه اینکه فقط ملک هست و صرف این منافع نیست.

این هم فرمایش ایشان.

عبارت ابن ادریس در سرائر

ابن ادریس در سرائر می فرماید:

«فإذا وقف شیئا زال ملكه عنه». تصریح دارد.

بعد در صفحه بعد می فرماید: «قد قلنا إنه إذا قبض الوقف زال ملك الواقف عنه و صار ملكا للموقوف علیه».^۲ حالا به صار ملكا للموقوف علیه کار نداریم، باز اینجا هم تصریح کرده است که زال ملك الواقف عنه.

آنوقت در حدود ۱۲ صفحه بعد که بحث وقف علی المنقرض پیش می آید ایشان ادعای اجماع می کند. می فرماید: «و متى وقف الانسان شیئا فی وجه من الوجوه أو علی قوم من اقوامهم و لم یشرط بعد انقراضهم عوده علی شیء بعینه کان متى انقضوا و لم یبق منهم احد راجعا میراثا علی اقرب الناس من آخر المنقرضین من ارباب الموقوف علیهم (که همان

^۱ غنیه النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۸

^۲ سرائر، ج ۳، ص ۱۵۳/۱۵۲

حرف شیخ مفید است)، لآنکه مال من اموال الموقوف علیهم یورث کما یورث سائر الاملاک و الاموال و لا یجوز عوده علی ورثة الواقف و لا علی الواقف نفسه بحال من الاحوال لآنکه بالوقف خرج من ملکه و انتقل الی ملک الموقوف علیه بغير خلاف عندنا»^۱.

ادعای اجماع ایشان به نظر من خیلی بحث مهمی است. ابن ادریس آدم دقیقی است، حتی می توانم بگویم ادق از شیخ طوسی ره در مثل خلاف است. ایشان در خلاف معمولاً ادعای اجماع می کند و می گوید اجماع الفرقة و اجماع الطائفة که گاهی این اجماعات ممکن است دقیق هم نباشد، اما ابن ادریس معمولاً اینطوری نیست. مخصوصاً که ایشان قائل به حجیت خبر واحد هم نیست. یعنی اینطور نیست که مثلاً به استناد یک خبری در مورد اجماع بودن گفته باشد اجماع هست و خلاف نیست. باید به احتمال زیاد یا خبری بر تحقق اجماع باشد که به وسیله قرائن، قطعی شود و یا نقل اجماع متواتر باشد و یا خودش اجماع یا عدم خلاف را در مسأله تحصیل کرده باشد.

به هر حال ایشان هم قائل است به خروج عین موقوفه از ملک واقف، و هم قائل است به ورودش در ملک موقوف علیهم. علاوه بر اینکه ادعای اجماع بر آن هم کرده است. و این مسأله قابل توجهی است.

عبارت کیدری در اصباح الشیعه

کیدری (اوائل قرن ۷) در اصباح الشیعه می فرماید: «و إذا تکاملت هذه الشروط زال ملک الواقف و لم یجز له الرجوع فی الوقف»^۲. البته بعد هم ایشان قائل می شود که منتقل به موقوف علیهم می شود که آن بحث دیگری است. پس ایشان هم قائل به خروج از ملک است.

عبارت محقق حلی در شرایع

اما محقق ره در شرایع در النظر الثالث فی اللواحق، در لواحق بحث وقف می فرماید: «و فیہ مسائل، الاولى الوقف ینتقل الی ملک الموقوف علیه»^۳. بعد هم می گوید: اگر بخواهند بعدی را که حصه ای از آن وقف شده است آزاد کنند عتق واقع نمی شود لخروجه عن ملکه، یعنی با وقف از ملکش خارج شده لذا دیگر نمی تواند عتقش کند بالمرة. بعد می گوید البته موقوف علیهم هم نمی توانند عتقش کنند، چون متعلق حق بطون بعدی است.

^۱ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۳، ص: ۱۶۵

^۲ إصباح الشیعة بمصباح الشریعة؛ ص: ۳۴۶

^۳ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ص: ۱۷۲

مقداری که محل استشهاد ما است همین است که می گوید لخروجه عن ملکه. ایشان هم می گوید وقف منتقل به ملک موقوف علیهم می شود، خود این کشف می کند که از ملک واقف خارج شده است. اینجا هم که ایشان این تصریح را دارد.

عبارت یحیی بن سعید در الجامع للشرایع

و اما عبارت یحیی بن سعید حلی در الجامع للشرایع که یکی از آن مواردی بود که مفتاح الکرامه فرموده بود ظاهرش عدم خروج از ملک است و شیخ انصاری هم ایشان را یکی از مخالفین دانسته بود. هیچ دلالتی بر این معنا ندارد. ایشان فرموده است:

«و الوقف لازم لا يجوز للواقف الرجوع فيه حيا و لا لورثته بعده حکم الحاكم به أم لم يحکم، و قيل ينتقل الوقف الى الموقوف علیهم إن لم یجز لهم بیعه، فعلى هذا لو اقام الموقوف علیهم شاهدا واحدا و حلف معه حکم به، و قيل یصیر لله تعالى و لا یملکونه»^۱.

ایشان در باره موقوف علیهم گفت و قيل ينتقل الوقف الى الموقوف علیهم گرچه موقوف علیهم نمی توانند بفروشند، بعد مسأله ای را بر آن متفرع کرده است که دیگران هم تفریع کرده اند. چون بحثی در کتاب القضاء هست که ما می دانیم در دعاوی بینه با مدعی است و بینه هم دو تا شاهد است، و حلف مال منکر است، جابجا هم نمی شود، مگر در صورتی مانند اینکه منکر رد حلف کند به مدعی آنوقت مدعی با قسم می تواند مدعایش را تثبیت کند. منتهی به نحو معمول البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر (یا علی المنکر، که بیشتر روایات علی من انکر دارد). منتهی این مسأله یک استثنائی دارد، در مورد دعاوی مالی، روایاتی داریم که به یک شاهد و یمین هم ثابت می شود. بینه به معنای شاهدین عدلین نمی خواهد، به یک شاهد و یک یمین هم می شود اکتفاء کرد. ایشان می گوید و قيل ينتقل الوقف الى الموقوف علیهم، می گوید یک قولی هست که به موقوف علیهم منتقل می شود، که اگر به موقوف علیهم منتقل بشود طبیعتا یک مال است، دعاوی موقوف علیه بر این مال با یمین و شاهد واحد ثابت می شود. فعلى هذا لو اقام الموقوف علیهم شاهدا واحدا و حلف معه حکم به، یعنی قاضی با یک شاهد و یمین هم حکم می کند. حالا این ربطی به بحث ما ندارد ولیکن چون این عبارت در این بحث کثیر الدور است من گفتم که دوستان تعجب نکنند که چرا همچنین حکمی مترتب شده است.

حالا از کجای این عبارت مخالفت ایشان استفاده شده که حتی صاحب مفتاح الکرامه می فرماید که ظاهر ایشان این است که خروج از ملک ندارد. فرموده اند که «اما الجامع فإنه قال فيه الوقف لازم لا يجوز للواقف الرجوع فيه، و قيل ينتقل».

ظاهرا از این قيل می خواهند این را بفهمند. می گویند چون به قيل نسبت داده این خروج از ملک پیدا نمی کند. در حالی

^۱ الجامع للشرایع؛ ص: ۳۶۹

که این حرف درست نیست. قیل مربوط به دخول در ملک موقوف علیهم است. ما دو تا بحث جدا از هم داریم: یکی اینکه هل یزول الملك عن الواقف ام لا. اگر گفتیم از ملک واقف زائل می شود، یک بحث دومی پیش می آید که هل یتنقل الی ملک الموقوف علیهم یا الی الله یا فک ملک بالاطلاق می شود؟ ایشان در مورد دومی فرموده است و قیل یتنقل الوقف الی الموقوف علیهم، در قسمت اول اصلاً چیزی نگفته است.

بلکه بعید نیست این تعبیر الوقف لازم لا یجوز للواقف الرجوع فیه حیا، بعید نیست این اصلاً خودش یک ظهوری در خروج از ملک داشته باشد. اگر نگوئیم که صراحت دارد بعید نیست که از آن استظهار شود. حالا اگر ظهور هم نداشته باشد اما ظهور در خلاف هم ندارد، و ربطی به قیل بعدی ندارد.

و لذا به نظرم این استظهار حتماً اشتباه است. و عجیب است که مرحوم شیخ انصاری هم همینطور فرموده است. و حدس میزنم از روی همین مفتاح الکرامة گفته اند، چون همین چند نفری را که صاحب مفتاح الکرامة ذکر می کند شیخ هم بیان می کند. احتمالاً باید این باشد.

پس درست است که ما از الجامع للشرایع تأیید روشنی برای زوال نگرقتیم مگر از همین عبارت الوقف لازم لا یجوز للواقف الرجوع فیه بفهمیم. حالا اگر این نباشد اما استظهار خلاف هم نکردیم.

عبارت قمی سبزواری در جامع الخلاف والوافق

مرحوم قمی (متوفای ۷۰۰) در جامع الخلاف والوافق فرموده اند: «و إذا تکاملت هذه الشروط زال ملک الواقف ولم یجز الرجوع فی الوقف له و لا تغیرہ عن وجوه و لا سبیلہ الا علی وجه مذکره (که بحث بیع و آن چیزهاست)»^۱. این عدم جواز رجوع و امثال این را خیلی ها عطف کرده اند به زال الملك. یحیی بن سعید هم شاید مقصودش همین بوده که لا یجوز للواقف الرجوع فیه حیا و لا لورثته متفرع بر زوال ملک باشد ولی آن را ذکر نکرده باشد. در همین جامع الخلاف والوافق در مورد انتقال موقوفه هم نظر ایشان انتقال به موقوف علیهم هست، که حالا مورد بحث ما نیست.

عبارات مرحوم علامه حلی

اما مرحوم علامه در کتب متعددش همین مسأله را تکرار می کند و نظرش هم بر همین زوال ملک است.

^۱ جامع الخلاف والوافق؛ ص: ۳۶۷

در ارشاد می فرماید: «المطلب الثانی فی الاحکام: الوقف ینتقل الی الموقوف علیه».^۱ تصریح کرده است که منتقل به موقوف علیه می شود. این دیگر اصرح از زوال ملک است. یعنی اول زوال ملک از واقف شده است بعد منتقل به موقوف علیه می شود.

در تحریر فرموده: «السادس إذا صح الوقف زال به ملک الواقف عنه». پس در تحریر هم تصریح دارد. البته بعدش می فرماید: «والاقرب أن الموقوف علیه یملکه ملکا غیر تام».^۲ این راجع به بحث مالکیت موقوف علیه است که بحث ما نیست.

در قواعد می فرماید: «الفصل الثانی فی الاحکام: الوقف إذا تم زال ملک الواقف عنه».^۳

در تذکره هم تقریبا شبیه به همین است. می فرماید: «مسئلة: إذا وقف و أقبض ذلک ملکه عنه عند اکثر علمائنا».^۴ یعنی هر دو مطلب را اثبات می کند، موقوف علیه مالک می شود عن الواقف، پس از ملک واقف حتما خارج می شود. بعد می گوید عند اکثر علمائنا، بعد حرف مخالف را آورده است. بعد از سطور ایشان می فرماید: «و إذا ثبت زوال ملک الواقف عنه فإنه ینتقل الی الموقوف علیهم عند اکثر علمائنا». ایشان ظاهرا هر دو را قبول دارد، می گوید اکثر علمائنا و خودش هم این حرف را قبول دارد.

در مختلف هم فرموده است: «مسئلة: قال الشیخ فی المبسوط إذا وقف و أقبض زال ملکه عنه علی الصحیح و ملکه الموقوف علیه علی الصحیح»^۵ اینها را به مرحوم شیخ نسبت داده و همین نظریه را هم در انتها میپذیرد

عبارت فخر المحققین در ایضاح

فخرالمحققین در ایضاح بعد از اینکه کلام قواعد را نقل می کند می فرماید: «و اختاره ابن ادریس، ونقل ابن ادریس أنه ینتقل الی الله تعالی، بعد می فرماید: و کلام ابی الصلاح یعطی أنه لا یزیل ملک الرقبة لأنه قسّم الصدقة الی ما یقتضی تملیک الرقبة و الی اباحة المنافع و قسّم الثانی الی الوقف و غیره، والوجه عندی الاول» که این والوجه عندی الاول که زوال ملک می شود کلام خود فخرالمحققین است، اما فرمایش ابی الصلاح را ما توضیح دادیم که این تقسیمات منافاتی با خروج از ملک ندارد.

^۱ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۱، ص: ۴۵۴

^۲ تحریر الأحکام (ط - الحدیثة)؛ ج ۳، ص: ۲۹۰

^۳ قواعد الأحکام؛ ج ۲، ص: ۳۹۴

^۴ تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)، ص: ۴۴۰

^۵ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۶، ص: ۲۹۴

بعد دوباره ایشان در استدلال می فرماید: «لنا أن الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة يجب أن يزول ملكه عنه كالعق و ينتقل الى الموقوف عليه».^۱ اگر دوستان دقت کنند ایشان در اینجا همان حرفی را که دیگران می زنند که تصرف در رقبه و منفعت منتفی شده و آنها می گفتند و هذا هو المعنى بزوال الملك، اما ایشان می گوید فوجب أن يزول ملكه عنه، آن احتمال دوم را ایشان می گوید، یعنی نه اینکه ملک هست و زوالی که اینجا معنا می کنیم یعنی همینکه تصرف در رقبه و منفعت نمی تواند کند. نه، اینجا می خواهند بگویند چون تصرف در رقبه و منفعت قطع می شود پس دیگر ملک نیست. و ينتقل الى الموقوف عليه هم که بحث دیگری است.

باز در ذیل کلام مرحوم علامه فخرالمحققین ره فرموده است: «اقول اختلفوا في الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا، الظاهر من كلام أبي الصلاح أنه لا ينتقل و قد مرت... والحق انتقاله عنه و هو مذهب الاكثر، لأن الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة و المنفعة فوجب أن يزول ملكه عنه». این عبارت هم تایید کلام بالاست.

عبارات شهید اول در دروس

اما شهید اول در دروس فرموده اند: «الوقف إذا تم لم يجز الرجوع فيه سواء حكم به حاكم أو لا و ينتقل الى ملك الموقوف عليه على الاقرب».^۲ ایشان هم تصریح کرده است به خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیه.

عبارت شمس الدین حلی در معالم الدین

شمس الدین حلی در اوائل قرن نهم در معالم الدین فی فقه آل یس فرموده است: «النظر الثالث في الاحكام و فيه مسائل: الاولى الوقف إن كان على مصلحة كالمساجد انتقل الى الله تعالى و الا فالى الموقوف عليه».^۳ این هم که نص است، در یک قسمش به خدا منتقل می شود و در یک قسمش به موقوف علیه، پس خروجش از ملک روشن است.

عدم تشخیص نظر ابن فهد حلی

بعضی کتب مانند مهذب البارع ابن فهد حلی (م ۸۴۱) که شرح مختصر است و واقعا فرد ملایی است فقط نقل اقوال می کنند، هر چه دقت کردیم نتوانستیم عبارتی پیدا کنیم که نظر خود ایشان را هم به دست بیاوریم.

^۱ إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۲، ص: ۳۹۰

^۲ الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ۲، ص: ۲۷۷

^۳ معالم الدين في فقه آل ياسين؛ ج ۱، ص: ۵۵۸

عبارت ابن طی در مسائل

در مسائل ابن طی آمده است: «الوقف علی ثلاثة اقسام: وقف ملک كالوقف علی اناس معینین فإنه ینتقل الیهم، و وقف ینتقل الی الله تعالی كالاوقاف العامة، و وقف ازالة ملک لا لاحد كالوقف علی المساجد و المقابر».^۱ در اینجا با اینکه عبارت خیلی کوتاه است ولی در هر سه شقش خروج از ملکش مسلم است. حالا اینکه ملک خداوند می شود یا ملک معینین از موقوف علیهم می شود یا تحریر است بنا بر اقسام متفاوت است.

عبارت محقق کرکی در جامع المقاصد

در جامع المقاصد هم ذیل عبارت قواعد که فرموده الوقف إذا تم زال ملک الواقف عنه، ایشان می فرماید: «هذا قول اکثر العلماء». بعد هم می فرماید: «و إنما وجب اتباع الشرع لان الملك إنما زال علی هذا الوجه»، یعنی زوال ملک را ایشان مسلم گرفته است. بعد باز ایشان می فرماید: «والذی يدل علی انتقال الملك أن الوقف سبب قطع تصرف الواقف فی الرقبة و المنفعة ابدًا فوجب أن يزول به الملك كالعق». باز ایشان می فرماید: «و تحقیقه (تحقیق فرمایش قواعد) أنه بعد تحقق زوال ملک الواقف لا یخلو إما أن یكون الموقوف مسجداً أو غیره و ذلك الغیر را هم تقسم می کند».^۲ علی ای حال زوال ملک را ایشان مسلم گرفته است.

عبارات شهید ثانی

شهید ثانی در حاشیه شرایع ذیل فرمایش ایشان که فرموده: الوقف ینتقل الی الموقوف علیه، فرموده: «هذا إذا كان علی منحصر (می فرماید در منحصر معین منتقل می شود به موقوف علیهم) و الا أن الملك فیہ لله تعالی (یعنی در غیر منحصر ملک، ملک الله تعالی است) بمعنی انفکاک الموقوف عن ملک الادمیین و اختصاصهم لا کونه مباحا کغیره مما یملکه الله تعالی».^۳ پس آنچه مسلم است ایشان زوال ملک از مالک را قبول دارد.

در مسالک هم ایشان تقریباً همین مطلب را فرموده است. در اینکه در وقف قبول لازم داریم یا نه چند قول را نقل کرده است، بعد ایشان تفصیلی ذکر می کند، «و فصل ثالث فاعتبر (آن قبول را) إن كان الوقف علی جهة خاصة كشخص معین أو جماعة معینین لما ذکر (از استدلالهایی که هست) و لا مکان القبول حینئذ و إن كان علی جهة عامة كالفقراء و المسجد

^۱ مسائل ابن طی - المسائل الفقهية؛ ص: ۲۴۳

^۲ جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۹، ص: ۶۲

^۳ حاشیه شرائع الإسلام؛ ص: ۵۲۷

لم يعتبر القبول و أنه حينئذ فك ملك، و لأن الملك ينتقل الى الله تعالى بخلاف الاول فإنه ينتقل الى الموقوف عليه، و قد يظهر من المصنف فيما يأتي اختياره (اختيار اين تفصيل) ولعله اقوى^۱.

اين تفصيل را كه بين مسجد و غير تفصيل می دهند و قبول را در معينين می خواهند ولی در وجوه عامه مثل مسجد نمی خواهند، ولی در هر دو قبول دارند كه خروج از ملك هست، یکی فك است و دیگری انتقال به موقوف عليهم است و می فرماید ولعله اقوى. پس اين هم تقريباً صريح است كه زوال ملك از مالك می شود.

در يك جای دیگری در بحث اخراج وقف عن نفسه می فرماید: «لما كان قاعدة مذهب الأصحاب اشتراط إخراج الوقف عن نفسه بحيث لا يبقى له استحقاق فيه»^۲. هیچ استحقاق نماند اين يعنی ملك خارج شده و الا نمی گوید هیچ استحقاقی نماند. بعد تعليل می کند و می گوید «من حيث إن الوقف يقتضي نقل الملك و المنافع عن نفسه».

باز در بحث لواحق كه جای بحث انتقال ملك به موقوف عليهم هست می فرماید: «الكلام هنا يقع في موضعين: أحدهما: أن الموقوف هل ينتقل عن ملك الواقف أم يبقى على ملكه؟ و المشهور - و هو اختيار المصنف - انتقاله عنه، لأن الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة و المنفعة فيزيل الملك كالعق، و لأنه لو كان باقياً على ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق»^۳.

و يظهر من أبي الصلاح اختلاف در اين جهت، آخرش ایشان می فرماید: «والاقوى الاول. ایشان هم اين جهت را تقويت فرموده اند.

عبارت شيخ بهائی در جامع عباسی

شيخ بهائی در جامع عباسی می فرماید: «و هر گاه شروط وقف متحقق شود موقوف عليه مالك می شود منافعى را كه بعد از وقف کردن حاصل می شود». كه البته اين دلالتی در زوال ملك واقف ندارد چون بحثش در نقل ملكيت منفعت است.

^۱ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۵، ص: ۳۱۳

^۲ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۵، ص: ۳۶۳

^۳ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۵، ص: ۳۷۵

عبارت مرحوم مجلسی اول

مجلسی اول در فقه فارسی می فرماید: «در احکام آن وقف چون تمام شود از ملکیت واقف بیرون رود و جائز نیست او را رجوع از آن خواه آنکه حاکمی بوقفیت آن حکم کرده باشد یا نه»^۱.

عبارت محقق سبزوای در کفایه

محقق سبزواری در کفایه مطلب را می آورد و به مشهور هم نسبت می دهد، خودش صراحتاً ذکر نمی کند قبول دارد یا نه. بعید نیست که وقتی نظر مشهور را ذکر می کند و اشکال نمی کند خودش هم راضی به آن باشد. می فرماید: «والمشهور أنه ینتقل الموقوف عن ملک الواقف و عن ظاهر ابی الصلاح أنه لا ینتقل، و علی الاول (که منتقل می شود) فالمشهور أنه ینتقل الی الموقوف علیه»^۲. دیگر خودش نظری نداده، بعید نیست همان نظر مشهور را داشته باشد.

عبارت مرحوم فیض در مفاتیح الشرایع

مطلب مرحوم فیض در مفاتیح الشرایع تقریباً شبیه محقق سبزواری است منتهی ظاهراً خودش یک استظهاری هم فرموده است. می فرماید: «هل ینتقل الموقوف عن الواقف؟ المشهور ذلك، خلافاً للحلی. و علی المشهور (که از واقف منتقل می شود) هل الی الموقوف علیه أم الله سبحانه؟ الأكثر علی الأول و منهم من فصل بالموقوف علیه المعین المنحصر و الجهات العامة، ففي الأول الأول (یعنی در معینین منتقل می شود)، و فی الثاني الثاني (در مورد دیگر منتقل نمی شود) و هو الأظهر. و لیس علی الثاني إباحة كما توهم، (اگر هم بگوئیم منتقل نمی شود به موقوف علیهم خاص بلکه به خدا منتقل می شود، اباحه نیست مثل موارد دیگر، بلکه تحریر است و امثال ذلك) و یتفرع علی الخلاف مسائل كما قالوه»^۳.

این مهم است که فرموده فیض الاول الاول و فی الثاني الثاني و هو الاظهر. اینجا ظاهراً خودش دارد اظهار نظر می کند، برخلاف سبزواری که علی الظاهر اظهار نظر ندارد.

چند قول دیگر باقی ماند که انشاءالله جلسه بعد
«والسلام علیکم و رحمة الله».

^۱ يك دوره فقه كامل فارسی؛ ص: ۹۲

^۲ کفایة الأحکام؛ ج ۲، ص: ۱۹

^۳ مفاتیح الشرائع؛ ج ۳، ص: ۲۱۲

باسمه تعالی

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۲۶۹

خلاصه مباحث گذشته..... ۲۶۹

ادامه عبارات فقهاء در اثبات زوال ملک واقف..... ۲۷۰

عبارت مرحوم محدث بحرانی در حدائق..... ۲۷۰

عبارت مرحوم شیخ حسین آل عصفور در انوار اللوامع..... ۲۷۱

عبارت مرحوم کاشف الغطاء و اشتباه متنی در آن..... ۲۷۱

عبارات مرحوم عاملی در مفتاح الکرامه..... ۲۷۳

عبارت مرحوم سید مجاهد در مناهل..... ۲۷۴

عبارت مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء در انوار الفقاهه..... ۲۷۴

عبارت مرحوم صاحب جواهر..... ۲۷۴

عبارت مرحوم شیخ انصاری..... ۲۷۵

تأیید خروج مال از ملک واقف در میان فقهاء معاصر..... ۲۷۵

اثبات اجماع در مسأله..... ۲۷۶

دو اشکال به بحث اجماع..... ۲۷۶

اشکال اول: اجماع دلیل لبی است و قدر متیقنش غیر منقطع الآخر است..... ۲۷۶

جواب از اشکال اول بر اجماع..... ۲۷۶

اشکال دوم: شاید این اجماع اجتهادی و محتمل المدرکی باشد نه تعبدی..... ۲۷۷

بیان اشکال اجماع محتمل المدرک..... ۲۷۷

جواب از اشکال دوم: تفصیل در اجماع محتمل المدرک..... ۲۷۸

ثمرات حجت اجماع محتمل المدرک در موارد مبتلابه..... ۲۷۹

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در بررسی ادعای اجماع بود بر اینکه در وقف، مال موقوفه از ملک واقف خارج می شود. سیر فرمایش فقهاء از مرحوم شیخ مفید تا فیض کاشانی بیان شد و با توضیحاتی که مطرح شد هیچ مخالفی در این مسأله تا به اینجا پیدا نشد. نسبت به علمای بعد از مرحوم فیض نیز همینطور است. البته ممکن است به صورت نادر بعضی از علمای قریب به عصر ما نظرات مخالفی داشته باشند، اما مخالفت متاخرین تأثیری در اجماع ندارد.

ادامه عبارات فقهاء در اثبات زوال ملک واقف

عبارت مرحوم محدث بحرانی در حدائق

مرحوم صاحب حدائق می فرماید: «المشهور الاول (یعنی انتقال وقف عن ملک الواقف)، و نقل عن ظاهر ابی الصلاح و اسنده فی المسالك ایضا الی اختیار جمع من العامة... (بعد می فرماید) قول لا یخفی علی من لاحظ الاخبار المتقدمة سیما اخبار صدقاتهم علیهم السلام و وقوفهم أنه لا یرتاب فی دلالتها علی خروج الوقف عن ملک الوقف و صیورته کالاجنبی خصوصا ما دلّ علی نصب القيم لذلك الوقف».^۱

ایشان در این عبارت میفرماید خروج وقف از ملک قابل تردید نیست. البته بیان ایشان مستفاد از اخبار است، که خود این مسأله ای برای ما ایجاد می کند که انشاءالله آخر همین جلسه عرض می کنم. این یک عبارت از صاحب حدائق.

ایشان در بحث دوم که انتقال ملک به موقوف علیهم است، می فرماید: «اقول: لا یخفی علی من راجع الاخبار و قطع النظر عن کلامهم فإن المستفاد منها أنه متى كان الموقوف علیه موجودا منحصرا فإنه ینتقل الملك الیه».^۲ این در مورد انتقال است. که اگر انتقال پیدا کند مسلما خروج هم پیدا می کند. بعد در مسئله وقف بر مصالح و جهات عامه می فرماید «و متى كان الموقوف علیه جهة عامة أو مصلحة کالمساجد فإن غاية ما یفهم منها هو أنه بالوقف یرج عن ملک الواقف».^۳ پس ایشان اصل خروج از ملک واقف را مسلم می داند اما اینکه به ملک خداوند منتقل می شود یا صورت دیگر در اخبار دلالتی بر آن نیست. و محل بحث ما هم نیست.

^۱ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۲، ص: ۲۲۳/۲۲۴

^۲ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۲، ص: ۲۲۵

^۳ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۲، ص: ۲۲۶

عبارت مرحوم شیخ حسین آل عصفور در انوار اللوامع

مرحوم بحرانی صاحب انوار اللوامع هم می فرماید: «کما هو المشهور (انتقال موقوف عن الواقف) ذلك عنهم حتى کاد يكون اجماعيا (که ایشان هم این را احتمالا اجماعی می داند) ولم يذكروا في المسئلة خلافا لا لابی الصلاح الحلبي».^۱ حالا ببینید چقدر فرق می کند فرمایش ایشان با فرمایش مفتاح الکرامه و شیخ انصاری ره، که ادعا می کردند که ظاهر مذهب و ظاهر جامع للشرايع با فرمایش ابی الصلاح یکی است. که ما عرض کردیم با خواندن عبارتهایشان اینطور نیست.

پس ایشان هم دارد به نحوی نقل اجماع می کند و نظر خودشان هم همین است که اینجا فرموده اند.

در اواخر بحث یعنی در بحث دوم که بحث انتقال به موقوف علیهم هست می فرمایند: «و كيف كان فالاقوى الانتقال اليه مطلقا كما ذكر لكن إنما يتم في الموقوف عليه المعين المنحصر».^۲، ایشان معتقدند در معین منحصر هم اقوی انتقال است. یعنی تصریح می کند به نقل وقف از ملک واقف.

عبارت مرحوم کاشف الغطاء و اشتباه متنی در آن

در کشف الغطاء دو عبارت هست که یکی از آنها دارای اجمال است. من احتمال می دهم اشتباهی در عبارت باشد، هر چند با رجوع به هر دو طبع قدیم و جدید مشاهده شد که عبارت به همین صورت است. دوستان زحمتی بکشند و عبارات را مطالعه کنند ببینند راه تفصی از این هست یا نه.

در کشف الغطاء در اوائل بحث که به تعریف و بیان مقومات می پردازند آمده است: «و هو (وقف) بقسميه عامة و خاصة مفيد للاختصاص دون الملك فإنه لله». این قسمتش مشکلی ندارد، چون ایشان نظرش این است که وقف از ملک واقف منتقل می شود ظاهرا ولی به ملک موقوف علیهم در نمی آید، و صرف اینکه می توانند موقوف علیه در آن تصرف کنند برای اثبات مکلیت آنها کافی نیست، حتی بیعشان در برخی فروض نیز دلیل بر این نمی شود که ملک آنها شده است. پس می گوید «و هو (وقف) بقسميه عامة و خاصة مفيد للاختصاص دون الملك فإنه لله، والقول بانفصال الملك في القسم الثاني (یعنی در وقف خاص قائل بشویم به انفصال الملك) الموقوف عليه غير بعيد، كما مال اعظم الفقهاء اليه، وإن كان الاقوى خلافا».^۳

^۱ الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع (للفيض)، ج ۱۳، ص: ۳۰۷

^۲ الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع (للفيض)، ج ۱۳، ص: ۳۰۸

^۳ كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (ط - الحديثة)، ص: ۲۲۲

اگر همینطور به ظاهر اولی این عبارت أخذ کنیم ظاهر قول به انفصال الملك یعنی انفصال ملک از مالک . ایشان می گوید والقول بانفصال الملك فی القسم الثانی که وقف خاص باشد غیر بعید کما مال اعظم الفقهاء الیه که ملک منتقل به موقوف علیهم می شود، و إن کان الاقوی خلافه. ببینید اینجا بحث دارد خلط می شود. آن چیزی که اعظم فقهاء مال الیه، انتقال به موقوف علیه است. منتهی عبارت والقول بانفصال الملك ظاهراً ظهور در زوال ملک از مالک دارد. ایشان بعد می گوید و إن کان الاقوی خلافه، یعنی اقوی خلاف این است یعنی زوال ملک از مالک هم نمی شود، که این حرف خیلی بعید است. آدرس طبع جدید جلد ۴ صفحه ۲۲۲ میباشد. در طبع قدیم هم که من مراجعه کردم همین لفظ القول بانفصال الملك را دارد.

ایشان در آخر بحث وقف چهل مسأله و حکمی را که مترتب بر وقف است می آورد. هشتمین موردش این است که: «أن الوقف العام إذا تم وقفه انسلخ عن حکم الواقف»^۱ وقف عام اگر وقفش تمام شود انسلخ عن حکم الواقف. خب کسی که در وقف عام می گوید انسلخ عن حکم الواقف، نمی شود که در وقف خاص انسلخ را قبول نکند. ممکن است ورود در ملک موقوف علیهم را قبول نکند که ایشان قبول نکرده، اما انسلخ از ملک واقف را که حتماً باید قبول کند. چون در وقف عام پذیرفته آنوقت در وقف خاص نپذیرد؟ به نظرم عبارت ایشان یک اشتباهی دارد و آن این است که: نباید عبارت «والقول بانفصال» باشد، باید «والقول باقتضاء» باشد. کما اینکه در عبارت ابی الصلاح و عبارت مذهب این بود که اقتضاء ملک و تملیک در وقف نیست. در وقف اقتضاء تملیک نیست، اقتضاء ملک فی القسم الثانی للموقوف علیه نه الموقوف علیه. چون اصلاً انفصال الملك فی القسم الثانی الموقوف علیه معنا ندارد. به نظرم متن مشکل عبارتی دارد (و در آن تصحیفی رخ داده است). این بیان ما عبارت را درست می کند. البته در عبارت خیلی دست می بریم. ما می گوئیم انفصال اینجا غلط است، و دلیلمان این است که مرحوم کاشف الغطاء به لحاظ آنچه که در احکام وقف بیان می کنند مخالف زوال ملک از واقف نیستند پس نمی توانند در اینجا بفرمایند و إن کان الاقوی خلافه. زیرا نمی شود اینجا بگویند اقوی خلافه و بعد هم از این برگردند. علاوه بر اینکه اصلاً عبارت جور نمی شود. والقول بانفصال الملك الثانی الموقوف علیه غیر بعید این یعنی چه؟ ولی آنطور که ما عرض می کنیم یعنی «انفصال» در اصل «اقتضاء» بوده ولی «ناسخین» بد خوانده اند، عبارت این طور بوده است «و القول باقتضاء الملك فی القسم الثانی للموقوف علیه» (اگر ما بگوئیم در قسم ثانی که وقف خاص است اقتضاء ملک می کند للموقوف علیه) غیر بعید کما مال اعظم الفقهاء. (واقعاً اعظم فقهاء مال به این قول) و إن کان الاقوی خلافه». ایشان این را قبول ندارد، چون می گویند اصلاً ملک از واقف منتقل می شود به ملک الله، مانند قبل از مالکیت ما، می شود ملک الله. به این تصریح می کند.

^۱ کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء (ط - الحیدثة)؛ ج ۴، ص: ۲۶۶

باز یک قرینه دیگری داریم علیه این ظاهر، ایشان می گوید: «وجریان الاحکام فيه (در این ملک خاص) علی نحو جریانها فی الوقف العام و فی متعلقات النذر فإن الاقوی خروجها عن ملاکها و رجوعها کباقی الکائنات الی من بیده أزمة الامور».^۱ تصریح می کند از ملک ملاکش خارج می شود. می گوید در وقف خاص هم مثل وقف عام است و مثل متعلقات نذر است که اقوی خروجها عن ملاکها و رجوعها کباقی الکائنات الی من بیده أزمة الامور. به نظرم با این تفصیل دیگر عبارت «والقول بانفصال الملك فی القسم الثانی الموقوف علیه» عبارتی نامناسب است و ظاهراً توجیهی ندارد. حال دوستان روی آن فکر کنند لعل یحدث بعد ذلک امراً. ما به این صورت با عوض کردن دو کلمه در یک جمله عبارت را تصحیح کردیم. هم «انفصال» را «اقتضاء» کردیم، و هم «الموقوف علیه» را «للموقوف علیه». و به نظر تصحیح خوبی است.

یکوقت مرحوم ابوی ما رحمة الله علیه می فرمود عرفاء بعضی جاها به نظر می آید که می بافند و یک چیزهایی را که سخت است تأویل می کنند ولی راستش خوب می بافند، چون تأویلاتی که می کنند به هم می خورد. حالا ما هم اینجا بافتیم ولی ظاهراً خوب بافتیم، حالا دوستان روی آن تأمل کنند ببینند چطوری است.

عبارات مرحوم عاملی در مفتاح الکرامه

در جلسه گذشته بخشی از عبارات مفتاح الکرامه را خواندیم، ایشان عبارات متعدد علماء را نقل می کنند که بعضی فرموده اند اجماعاً و بعضی این قول را به اکثر العلماء نسبت داده اند و ظاهر کلام برخی دیگر نیز همین قول است و ایشان ظاهر کلام دو سه نفر را خلاف خروج عین موقوفه از ملک واقف می دانستند که بررسی کردیم و الان برای ما مهم نیست. فعلاً بحث در مختار ایشان است. فرموده اند: «قلت الاصل فی ذلک الاجماع المعلوم و المنقول فیما عرفت». پس ایشان خودش هم قائل به اجماع قابل تحصیل است و هم اجماع منقول را قبول دارد، و اصل در حکم را هم همین اجماع می داند. و لکن می فرماید: «والاصل فيه (یعنی در اجماع) الاخبار الواردة فی صدقاتهم و وقوفهم علیهم السلام ولاسیما ما دل علی نصب القيم و قول ابی عبدالله علیه السلام صدقتها یعنی سیده النساء علیها السلام لبنی هاشم، و اللام للملک (که یعنی اصلاً ملک بنی هاشم می شود)، وقوله علیه السلام هی صدقة بتا بتلا».^۲ ظاهراً این در آن ماجرای ماء ینبع است، که فرمودند این صدقه ای است بتا بتلا. بتّ و بتل یعنی قطع، اُی منقطعة عن صاحبها.

بعد ایشان می فرماید: «الحاصل أنها ظاهرة الدلالة علی خروجها عن ملک الواقف بل و صیورته کالاجنبی».^۳ مرحوم سید هم در تکلمه عین همین عبارت را آورده است.

^۱ کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء (ط - الحدیثة)، ص: ۲۲۲، ۲۲۳

^۲ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۶۶۲

^۳ همان

پس مرحوم صاحب مفتاح الکرامة خودش که قائل است که واضح است، و استدلالش هم اجماع محصل و منقول است. حالا دو سه نفر را هم خودش گفت خارج هستند ولی در عین حال می گوید اجماع محصل است، که توضیحی راجع به این می دهیم.

فرمایش ایشان خودش نقل اجماع هست و از آن استظهار می شود که خود ایشان اجماع را تحصیل نیز کرده است. منتهی مشکلی که برای ما درست می کند این است که ایشان می گوید اصل در این اجماع اخبار است. و این اجماع را حداقل پیش ایشان محتمل المدرک بلکه مقطوع المدرک می کند زیرا ایشان برای اجماعش مدرک درست می کند. این هم یک مسأله ای است که بعدا باید حلش کنیم.

عبارت مرحوم سید مجاهد در مناهل

بعد از مفتاح الکرامة، فرمایش مرحوم سید مجاهد در مناهل است. ایشان دعوای اجماع بر این مسأله را از غنیه و کتب دیگر نقل می کند و در آخر بحث هم می فرماید که «ولعله نبه علیه فی الغنیة قائلا بعد ما حکیناه عنه سابقا». بعد جمله ای می گوید که ظاهرا استدلال خود صاحب مناهل است، می فرماید «و لأنه لا خلاف فی انتفاء تصرف الواقف فی الرقبة و المنفعة و هو هذا زوال الملك به و ينتقل الملك الى الموقوف علیه». ایشان در استدلالشان فرمودند تصرف واقف بعد از وقف هم در رقبه و هم در منفعت ممنوع میباشد و این یعنی زوال ملک .

عبارت مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء در انوار الفقاهه

مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء صاحب کتاب انوار الفقاهه که انصافا کتاب دقیقی است، می گوید «الحادی و العشرون (از احکام ظاهرا) الوقف عامة و خاصة ينتقل عن الواقف (نظر ایشان انتقال عن الواقف است) كما هو المشهور شهرة محصلة و منقولة»^۲.

عبارت مرحوم صاحب جواهر

اما صاحب جواهر می فرماید: «المسألة الاولى: الوقف إذا تم زال عن ملك الواقف عند الاكثر، بل عن المشهور، بل فی محکی الغنیة و السرائر الاجماع علیه، و هو الحجة علی ما تفرد به ابوالصلاح (لفظ «علی» یعنی علیه، لذا نمی خواهد حجت بر شیئی درست کند بلکه می خواهد حجت علیه درست کند، یعنی علیه آنچه که ابوالصلاح متفرد به آن هست که می گوید نقل نمی شود، این اجماع علیه او است) مضافا الى امکان دعوی القطع به من النصوص التي ستمسح بعضها فی

^۱ کتاب المناهل؛ ص: ۵۰۶

^۲ أنوار الفقاهة - کتاب الوقف (لکاشف الغطاء، حسن)؛ ص: ۴۴

اثبات انتقاله الى الموقوف عليه (یعنی علاوه بر اجماع نصوص هم داریم، پس یکی اجماع است و یکی نصوص، که شبیه ادعای مفتاح الکرامه است) مضافا الى دعوی کون ذلک هو المراد من انشاء الذی شرع الشارع المعنی التعارف فيه علی نحو شرعه باقی العقود^۱. این یک استدلال جدا است که انشاء الله این را خواهیم آورد کما اینکه استدلال شیخ انصاری را خواهیم آورد. بعد پائین می فرماید: «بل الاقوی ما اطلقه المصنف من أنه ینتقل الى ملک الموقوف علیه»^۲.

البته اینجا خود ایشان تصریح نکرد که زوال ملک پیدا می شود، بلکه گفت عند اکثر، عند المشهور و اجماع. ولی خب از سبک و سیاق که بعد می گوید مضافا الى امکان دعوی قطع از روایات و مضافا که این مراد از انشاء وقف است، همه نشان می دهد که خود ایشان هم زوال وقف را قبول دارد. پائین هم که تصریح می کند که بل الاقوی ما اطلقه المصنف من أنه ینتقل الى ملک الموقوف علیه، که وقتی انتقال به ملک موقوف علیه پیدا کند زوال ملک هم روشن است. پس ایشان هم مسلما این حرف را قبول دارد.

عبارت مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری هم به اجماع تمسک کرده و هم به دو سه دلیل دیگر که انشاء الله آنها را خواهیم آورد. حرف آخر ایشان این است که فرموده اند: «وعلی کل تقدیر یثبت زوال ملک الواقف»^۳. آنجا استدلالی کرده اند و بعد هم به اجماع تمسک می کنند و بعد هم به یک استدلالی که می فرمایند این استدلال اولی است از استدلال به نص و اجماع تعبدا، که بحث استدلالهای ایشان خواهد آمد.

تأیید خروج مال از ملک واقف در میان فقهاء معاصر

ما مقداری هم از فتاوی فقهاء قریب زمان خودمان را پیدا کردیم مثل مرحوم آخوند و مرحوم سید و بزرگان نزدیکتر به زمان ما مثل مرحوم آقای خوئی و گلپایگانی و مراجع متأخر، تقریبا همه آنها زوال ملک را پذیرفته اند. فقط یک عبارتی از مرحوم شیخ محمد حسین کاشف الغطاء در تحریر المجلة دیدم که شاید بتوان از آن استفاده کرد که ایشان منکر زوال ملک واقف شده است. ولی اختلاف ایشان در این زمان اثری ندارد.

^۱ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۹۰

^۲ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۹۱

^۳ کتاب الالتقاطات صفحه ۲۷۸

اثبات اجماع در مسأله

نتیجه بحث ما در این سیر طولانی در کلمات فقهاء این شد که به نظر می آید هیچ مخالفی در مسأله زوال ملک واقف نداریم. آن دو سه عبارتی هم که معمولاً به عنوان مخالف می آورند با بررسی که انجام دادیم یا دلالت بر سکوت در این مسأله می کند و یا دلالتی بر مخالفت با این نظر ندارد.

بنابراین به نظر ما در اصل تحقق اجماع در خروج مال موقوفه از ملک واقف هیچ تردیدی نیست.

دو اشکال به بحث اجماع

اما در بحث اجماع دو مشکل در مقابل ما وجود دارد:

اشکال اول: اجماع دلیل لبی است و قدر متیقنش غیر منقطع الآخر است

یک مشکل این است که بحث ما در قسم خاصی از وقف یعنی وقف منقطع الآخر بود. بخاطر استدلالی که برخی کرده اند به بحث عام تری کشیده شد. اجماعی که در این مسأله پیدا شد لبی است، ممکن است قدر متیقن داشته باشد که قدر متیقنش در غیر وقف منقطع الآخر یعنی موقوف علیهمی که منقرض شده اند باشد. پس ممکن است کسی بگوید {قدر متیقن از معقد اجماع} در وقف تأبیدی است. کما اینکه عده زیادی از همین کسانی که می گویند الوقف هو الايقاف و امثال این، در وقف تأبیدی خروج از ملک را قبول می کنند اما در غیر تأبیدی خروج از ملک را قبول نکرده اند.

پس بنابراین آن اجماعی که شما ادعا می کنید چگونه است؟

جواب از اشکال اول بر اجماع

جوابش به نظر ما روشن است. این اجماع الفاظی دارد و الفاظش مطلق است. تمام این عباراتی که ما برای دوستان خواندیم هیچ کجا تقیید نکرده اند به غیر منقطع الآخر، همه اطلاق داشت. خصوصاً که بعضی مانند ابن ادریس در ذیل بحث منقطع الآخر تصریح داشتند که نقل ملک از واقف اجماعی است. ایشان برای استدلال به اینکه بعد از انقراض، عین موقوفه ملک موقوف علیهم می شود و به ارث ورثه موقوف علیهم می رسد، فرمود ملک واقف بر وقف زائل می شود و به ملک موقوف علیهم در می آید، کل ذلک لا خلاف بیننا.

پس به نظر من ادعای قدر متیقن حتماً نادرست است، عبارت فقهاء همه مطلق است بلا شبهة و لاریب. پس ما یک اطلاقی در معقد اجماعات داریم.

اشکال دوم: شاید این اجماع اجتهادی و محتمل المدرکی باشد نه تعبدی

اشکال مهمتر چیز دیگری است، اشکال این است که در کلمات غیر واحد من الفقهاء که عبارت آنها را برای شما خواندیم آمده است که استدلال کرده اند بر زوال ملک از واقف به اینکه مسلماً واقف از تصرف در رقبه و منافع ممنوع است و این نتیجه اش زوال ملک است. بلکه بعضی عبارت مشکلتی آورده اند گفته اند: و هو المعنی بزوال الملك، که اگر ما نخواهیم خیلی ملا لغتی شویم علی القاعده می گوئیم این همان استدلال بر زوال ملک است که ما عرض کردیم احتمال دوم است. کما اینکه عده ای صراحتاً گفته اند چون اینطور است پس زوال ملک می شود مانند بحث عتق.

پس دارند بر زوال ملک استدلال می کنند. و برخی هم به روایات تمسک کرده اند. دیدیم که مرحوم صاحب مفتاح الکرامه و مرحوم صاحب جواهر استدلال داشتند و بعداً عبارات شیخ انصاری ره را می خوانیم که ایشان نیز استدلالهای مختلفی دارد مانند تمسک به اوفوا بالعقود و امثال آن، و قبل از این بزرگواران هم برخی به روایات تمسک کرده اند، که ظاهراً مرحوم صاحب مسالک است که بعضی روایات را می آورد و به آنها استدلال می کند.

پس ممکن است مجمعین در واقع دلیل این نظرشان استنباط اجتهادی شان باشد، نه اینکه یک حکم قطعی از ائمه علیهم السلام آمده و سینه به سینه به فقهاء رسیده و دارند آن را برای ما با فتاوایشان نقل می کنند. اشکال اجماع محتمل المدرکی این است.

ما دیدیم این اجماع در نزد برخی مسلماً مستند به ادله ای شده است. بقیه نیز نسبت به وجود دلیل سکوت کرده اند شاید آنها نیز بر نظرشان چنین استدلالهایی داشته باشند. پس اجماع می شود محتمل المدرکی. و این احتمال مدرکیت هم نیشغولی نیست. { احتمال دارد روش استدلالی برخی از فقهاء در استنباط دیگران تاثیر بگذارد } چون برخی از فقهاء برای نظرشان استدلال کرده اند ممکن است دیگران هم طبق این استدلال عمل کرده اند و فتوایشان نتیجه استدلال باشد.

بیان اشکال اجماع محتمل المدرک

اشکال اجماع محتمل المدرکی این است که: مستند ما به تبع بزرگانی در بحث حجیت اجماع این است که اجماع، کاشف از این است که یک حکمی از ائمه علیهم السلام صادر شده و سینه به سینه در میان فقهاء آمده، والا نمی شود که این همه از فقهاء متفق به یک نظر شوند بدون اینکه هیچ سندی در دست باشد. وجه حجیت اجماع را آقایان اینطور درست می کنند. خب اگر محتمل المدرکی است پس دیگر نمی توانیم بگوئیم به این صورت از ائمه رسیده است. چه اشکالی دارد فقهاء متعدد در اعصار مختلف با همین استدلال قانع شده باشند و فتوی داده باشند. بدون اینکه کاشف از رأی معصوم بخصوصه باشد. پس ما باید استدلال را نگاه کنیم و دیگر اجماع حجیتی ندارد.

انصافاً این اشکال قوی است در اکثر جاهایی که اجماع ادعا می شود.

البته ما در این سیر طولانی نقل عبارت فقهاء، اولاً می خواستیم اثبات کنیم به لحاظ تاریخی با فرمایش امثال مرحوم آخوند و برخی دیگر که می گویند اجماع محصل غیر محصل است و منقول غیر مقبول، و با اینطور عبارات سجع و قافیه دار، نمی توان از کنارچنین مسأله مهمی عبور کرد. چه کسی گفته است اجماع غیر محقق است. برای ما روشن شد که قطعاً اجماع هست.

بله ما با یک مشکل دیگری مواجه شدیم در این سیر دیدیم استدلالهایی کرده اند، حالا چکار کنیم؟

اگر یاد دوستان باشد در مسأله قبل یعنی مسأله ۱۵ که درباره وقف الی مدة بود در آنجا نیز ادعای اجماع شده بود و اتفاقاً اجماع محکمی هم بود، عده ای به کلام محقق سبزواری و صاحب مفاتیح تمسک کردند که اینها مخالف اند، ما عباراتشان را بررسی کردیم و گفتیم اولاً مخالفتشان خیلی ظاهر نیست، ثانیاً مخالفت این افراد که در قرن ۱۰ و ۱۱ هستند اثری ندارد. ما اجماع سینه به سینه ای تا زمان علامه داریم که این برای حجیت اجماع و دلالت بر نظر معصوم کافی است. منتهی آنجا یک بحث مهمی انجام دادیم که ممکن است کسی مانند مرحوم آخوند و سید بگوید این اجماع در میان متقدمین هم محتمل المدرک است. مرحوم آخوند و مرحوم سید هر دو فرمودند بعد از خلاف صاحب مفاتیح و محقق سبزواری و مانند آن دیگر اجماعی نداریم و در ادامه اشکال کردند که ولو کان، فهو محتمل المدرکیه. هر دو بزرگوار فرمودند که این اجماع حجت نیست. و ما آنجا به تفصیل جواب دادیم که در بحث محتمل المدرکیه بحث دقیقی وجود دارد. برخلاف اینکه در کتابهای فقهاء دائماً به اجماع اشکال می کنند که محتمل المدرک است. خدا رحمت کند مرحوم والد ما را هر کجا می رسید می گفت اجماع محتمل المدرک است، و مرحوم آقای خوئی هم همینطور، چون ایشان خیلی کاری به این اقوال و شهرتها ندارد، هر کجا می رسد اجماعی هم باشد می گوید محتمل المدرکی است.

جواب از اشکال دوم: تفصیل در اجماع محتمل المدرک

در جواب این بزرگواران ما مطلبی را عرض کردیم که ندیدیم کسی قائل باشد مگر آیت الله شبیری زنجانی حفظه الله که در بعضی مطالبشان دیدم که این را قائل شده اند آن هم با یک بیانی نه همه مواردی که ما عرض می کنیم و به نظرم مطلب دقیق و درستی هم هست.

حرف اجمالاً این است که: ما در احتمال مدرکیت در یک قسمش قبول می کنیم که این مانع حجیت اجماع است. کجا؟ آنجایی که آن مسأله مسأله مبتلاهی نباشد {که لازم باشد در زمان ائمه علیهم السلام} هم مسأله اش طرح شود و هم اگر طرح شد سینه به سینه نقل شود. مثلاً از مسائل پراکنده ای باشد که گاه گاهی در میان مجتمع های مسلمین رخ می داده و کسی هم سؤال کرده، لذا لزومی ندارد این مسأله اصلاً ثبت و ضبط شود. راوی می آید مسأله ای خیلی بعید را از امام علیه السلام می پرسد و امام هم به ایشان جواب می دهد و می رود و تمام می شود. در اینجور مسائل اگر ما اتفاقی پیدا

کنیم بین فقهاء و لکن احتمال مدرکیت بدهیم، راهی برای دفع این احتمال و برای اثبات حجیت نداریم. برای دفع این احتمال که لعل هیچ مسأله سینه به سینه ای در کار نباشد اصلا حکم از امام نباشد بلکه اینها استنباطهای خود فقهاء باشد.

اما اگر مسأله ای باشد که در زمان ائمه علیهم السلام مبتلا به جوامع مسلمین بوده (ممکن است بعضی مسائل امروزه مبتلا به باشد که این را کار نداریم) به طوری که نمی شود از این مسأله سؤال نکرده باشند و امام علیه السلام پاسخ نداده باشند و پرسش و پاسخ منتشر نشده نباشد. حال وقتی ما می بینیم در میان همین فقهاء که به زمان ائمه علیهم السلام نزدیک بوده اند (مثلا مرحوم شیخ مفید در قرن پنجم و همچنین مرحوم شیخ طوسی در قرن پنجم بوده ابن ادریس و ابی الصلاح در قرن ششم و ابن زهره در قرن هفتم بوده اند) هیچ مخالفی وجود ندارد و همه به یک صورت فتوی داده اند، سؤال این است که وقتی ائمه علیهم السلام قاعدتا باید نظر داده باشند، چون تقریبا انسان مطمئن می شود که در مسائل مبتلا به نظر می دهند، اگر نظر امام علیه السلام در مساله، خلاف این فتوی مجمعین باشد چطور هیچ ظهور و بروزی در فتاوی پیدا نکرده است؟ حتما باید در یک جا ظهور پیدا می کرد. نمی گوئیم باید همه قائل می شدند، بلکه می گوئیم باید یکجا ظهور پیدا می کرد و دو تا فقیه مطابق فتوی می دادند و اجماعی بر خلاف نظر امام علیه السلام شکل نمی گرفت. نمی شود امام علیه السلام نظری را بفرماید و روات و فقهاء سینه به سینه هیچ نقل نکنند. پس نظر امام علیه السلام اگر خلاف این مطلب بوده باید لا اقل در رأی و فتوی چند فقیه متجلی می شد، باید در کلمات شیخ مفید که قرن پنجم بوده متجلی می شد، باید در فرمایش ابی الصلاح و دیگران متجلی می شد، ولی هیچ خبری نیست.

پس ما یقین می کنیم که این مطلبی که در کلمات فقهاء مسلم اخذ شده است این حتما یک ریشه ای دارد در کلام امام علیه السلام که سینه به سینه به آنجا رسیده است.

و این بیان به نظرم بیان قابل اعتمادی است. ولذا کبرای کلی که می گویند اجماع محتمل المدرکی که شد از حجیت ساقط می شود ما این را قبول نداریم.

ثمرات حجت اجماع محتمل المدرک در موارد مبتلا به

آنوقت این بحث خیلی اثر عملی دارد، بسیاری از مسائل در عبادات در طهارت در صلاة در حج در زکات و خمس و جاهای دیگر واقعا مسائل مبتلا به جامعه بوده، حالا بعض فروعاتش ممکن است مبتلا به نباشد. آنوقت این مسائل مبتلا به اگر اجماعی در آن باشد به صرف اینکه یک کسی هم یک استدلال دیگری کرده ما نمی توانیم آن را ساقط کنیم.

ولذا به نظر ما این اجماع محکم است، چه از نوع محصلش و چه منقولش و همچنین دو تا اشکالی که بر اجماع گفته شده به نظر ما وارد نیست و اجماع تمام است. وزوال ملک از واقف تمام است. لذا زحمتی که مرحوم صاحب عروه کشید که الوقف هو الایقاف وبقیه هم دنباله ایشان رفتند که در کتب عصر ما هم شما می بینید و به این طریق می خواهند بگویند بنابراین الوقف هو الایقاف و زوال ملک در آن نیست، علاوه بر اشکالات دیگری که داشت این اشکال را هم دارد که این

خلاف اجماع است. چون اجماع محکمی داریم که زوال ملک میشود. از این طریق شما نمی توانید در این ذیل مسأله ۱۶ بگوئید مال موقوفه عند الانقراض برمی گردد به واقف به این بیان. این را نمی توانید درست کنید.

البته ما اشکال دیگری هم به مرحوم سید و این بیان داریم که فردا انشاءالله عرض می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۲۸۱
- خلاصه مباحث گذشته ۲۸۱
- استفاده شیخ انصاری ره از ذکر این مسأله در بحث احکام وقف ۲۸۲
- اضطراب در فرمایش مرحوم شیخ ۲۸۳
- استدلالهای مرحوم شیخ ۲۸۳
- استدلال به پذیرش دخول وقف در ملک موقوف علیهم برای استفاده خروج آن از ملک واقف ۲۸۳
- استدلال به عمومات وفاء به عقد ۲۸۴
- رد استدلال به عمومات وفاء به عقد ۲۸۵
- استفاده خروج از ملک واقف با تمسک به اینکه تملیک از فروعات عقد است ۲۸۵
- رد استدلال صغریا و کبریا ۲۸۶
- از نظر مرحوم شیخ، ذکر ادله دیگر از طرف فقهاء دال بر عدم تملیک واقفی است ۲۸۶

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در این بود که بعد از انقراض موقوف علیهم تکلیف وقف چه می شود. عرض کردیم در این مقام بعضی استدلال کرده اند به اینکه وقف ایقاف است لذا در آن خروج از ملکیت نیست و در وقف بر منقطع الآخر، عین موقوفه بر ملک واقف باقی است. بله در وقف مؤبد ممکن است بگوئیم به اقتضاء تأبید خروج لازم می آید. اما در وقف منقطع الآخر وقف در ملک واقف باقی است. پس جای این بحث باقی نمی ماند که به واقف یا ورثه واقف از باب ارث باز می گردد زیرا در ملک واقف باقی بوده و خارج نشده تا باز گردد.

اشکالاتی که در این مسأله داشتیم تمام شد، بعد با استصحاب همین نتیجه را تصویر کردیم. البته باید بررسی می کردیم که دلیلی بر خلاف آنچه می خواهیم با استصحاب تثبیت کنیم نداشته باشیم. و اتفاقاً در مقام اجماع وجود دارد بر اینکه مال موقوفه از ملک واقف خارج می شود. و چون در این اجماع برخی از فقهاء خدشه کرده بودند، به تفصیل کلمات

فقهاء را بررسی کردیم، به نظر ما اجماعش تمام است، دو شبهه هم داشت که جلسه قبل عرض کردیم و جواب دادیم. به نظر ما دلیل اجماع تمام است، کما اینکه عده ای از فقهاء به همین اجماع برای استدلال بر خروج مال موقوفه از ملک واقف و زوال ملک او تمسک کرده اند.

علاوه بر استدلال به اجماع برای چنین مسأله ای، در کلمات فقهاء به ادله دیگری نیز تمسک شده و حالا می خواهیم برخی از آن ادله را هم ذکر کنیم تا مسأله تمام شود.

منتهی قبل از بیان آن استدلالها باید عزیزان را به محل طبیعی این بحث توجه دهیم، محل این بحث در احکام وقف است که در اواخر کتاب الوقف بعد از اینکه مقدمات و ارکان تمام شد، یک قسمت به احکام الوقف اختصاص دارد. در آنجا دو حکم را بحث می کنند: یکی خروج مال موقوفه از ملک واقف، و یکی دیگر دخول آن در ملک موقوف علیهم یا در ملک خداوند یا فک ملک و تحریر بنابر اختلافی که هست، جای طبیعی این بحث آنجا است. و در تحریر الوسيله هم در مسأله ۶۷ این را بحث کرده اند که ما قبلا به آن اشاره کردیم. منتهی این مسأله در فرمایش فقهاء در کتاب الوقف کثیر الدوران است، و از آن استفاده می کنند. یک روش این بود که ما این بحث را در مباحث آینده مطرح کنیم یک روش هم این است که در اینجا بحث کنیم بعدا مسأله را به اینجا احاله دهیم.

استفاده شیخ انصاری ره از ذکر این مسأله در بحث احکام وقف

مرحوم شیخ انصاری در اول آن بحث از نفس درج این مسأله ذیل احکام الوقف نکته جالبی را استظهار کرده است. گرچه این مطلب فعلا تأثیری در بحث ما ندارد و آن را استطرادی مطرح می کنیم. ایشان از درج این مسأله ذیل احکام الوقف استفاده می کند که در صیغه وقف، انشاء تملیک نمی شود. زیرا اگر با صیغه، انشاء تملیک می شد و ملکیت و تملیک با خود انشاء تملیک مالک و واقف ثابت می شد، دیگر زوال تملیک و زوال ملکیت را از احکام صیغه به شمار نمی آوردند. گرچه در واقع همینطور است، یعنی حتی در بیع که انشاء تملیک از ناحیه بایع صورت می گیرد و قبول این تملیک از ناحیه مشتری واقع می شود، درست است که ثبوتا موضوع می شود برای خروج از ملک و دخول ثمن در ملک بایع. اما به نظر ایشان طبیعی و عرفی نیست که امری را که داخل در صیغه معاملات است را از احکام معاملات بدانیم. لذا می گوید در کتاب البیع شما خروج مبیع از ملکیت بایع و دخول ثمن در ملکیت بایع را جزء احکام بیع بشمار نمی آورید. بلکه مقتضای خود عقد می دانید.

پس ایشان در وقف می خواهند از اینکه بحث خروج از ملک واقف و دخول در ملک موقوف علیهم را جزء احکام آورده اند استفاده کند که پس مشهور تملیک را داخل در خود انشاء وقف نمی دانند، والا مثل بیع جزء احکام نمی آوردند بلکه می گفتند مقتضای خود عقد است.

ایشان می فرماید که این مطلب با آنچه ما در اواخر بحث وقف منقطع الآخر گفتیم سازگار است، که در وقف، تملیک نیست، اگر هم ملکیتی باشد به حکم شارع است و جزء احکام وقف است نه اینکه تملیک مال در عقد، انشاء شود. و این برخلاف آن چیزی است که در اول بحث گفتیم که در وقف، انشاء تملیک می شود.

اضطراب در فرمایش مرحوم شیخ

خلاصه اینکه فرمایش مرحوم شیخ (چون می خواهیم فرمایشات ایشان را بحث کنیم) انصافاً مضطرب است. ایشان در اول این بحث تملیک را جزء حقیقت وقف دیده اند، و گفتند با خود صیغه، انشاء تملیک می کنیم. و حتی به نظر من در بحث وقف منقطع، تملیک بالاتزام را قبول نکردند مثل صلح. که حالا بعد آدرسش را عرض می کنم، و آنجا گفتند حبس است. پس تغییر رأی دادند که همانجا هم ما در ضمن بحثها اختلاف رأی ایشان را آوردیم. اینجا باز حرف دیگری می زنند که حالا ما می خوانیم تا ببینیم آیا راه جمع و بیان درستی برای آن داریم. خلاصه اینکه فرمایش ایشان در اینجا خیلی روشن نیست.

حالا ما عرائضمان را که استنباط از فرمایش ایشان است عرض کنیم:

استدلالهای مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در اینجا در ذیل این بحث هم استدلال برخی از فقهاء را می آورد که دو سه استدلال از اخبار و غیر اخبار است، خود ایشان نیز استدلالهایی دارد که الان دو استدلال را بیان می کنیم:

استدلال به پذیرش دخول وقف در ملک موقوف علیهم برای استفاده خروج آن از ملک واقف

یک استدلال به بیانی است که هم در کلمات صاحب جواهر بود و هم در کلمات برخی فقهاء دیگر و هم در کلام شیخ انصاری، و آن این است که: تمام استدلالهایی که در مسأله بعدی یعنی دخول مال موقوفه در ملک موقوف علیهم آمده است {به دلالت التزامی دال بر خروج عین موقوفه از ملک واقف است}

در مسأله دخول وقف در ملک موقوف علیهم استدلالهای متعددی ذکر شده و تفصیل مختلفی آمده است. برخی قائل شده اند مطلقاً در همه انحاء موقوف علیهم، عین موقوفه داخل در مال موقوف علیهم می شود، بعضی ها گفته اند در وقف خاص داخل می شود ولی در بقیه نه، حال نسبت به این غیر وقف خاص برخی گفته اند ملک خداوند می شود. بعضی گفته اند تفصیل است، در مثل مسجد و یا وقف عام فقط فک ملک است و دخول در ملک کسی حتی مسلمین نیست. پس در آنجا اختلاف رأی وجود دارد.

مرحوم شیخ و مرحوم صاحب جواهر و عده ای دیگر می گویند: درست است که در آن مسأله اختلاف نظر هست، ولی بالاخره یکی از این اقوال را پذیرفته اند، و هر کدام را بپذیریم و ادله اش را قبول کنیم، ملازم با خروج مال از ملک واقف است.

پس این خودش استدلالی مستقل و استدلال دوم بر خروج مال موقوفه از ملک واقف است. مرحوم شیخ می فرماید: «و من هنا يظهر أن مقتضى الاقوال فى المسئلة الآتية كلها زوال ملك الواقف لدورانها بين دخول الوقف فى ملك الموقوف عليه مطلقاً أو فى الوقف الخاص أو فى ملك الله سبحانه، و بين كونه فكاً للملك كما فى المسجد و نحوه، و على كل تقدير يثبت زوال ملك الواقف».

این خودش یک استدلال است که البته منوط است به دیدن آن استدلالها، و آن استدلالها هر چه باشد و ما به هر طرف برویم نتیجه اش همین است. چون کسی در آنجا چیز دیگری نفرموده بلکه هر کس یکی از آنها را اختیار کرده است. ظاهراً مرحوم شیخ این استدلال را پذیرفته اند چون می فرماید: و من هنا يظهر أن مقتضى الاقوال معلوم می شود ایشان پذیرفته است. و صاحب جواهر هم نظیر این استدلال را داشتند که در جلسه گذشته عبارت ایشان را خواندیم، برخی از فقهاء دیگر نیز قائل به همین استدلالند.

استدلال به عمومات وفاء به عقد

استدلال سوم بر اساس عمومات وفاء به عقد است. به این صورتی که الان تقریب می کنیم فقط در عبارات و تقریرات مرحوم شیخ انصاری دیدیم که خروج از ملک واقف را مقتضای عقد بدانند. مگر صاحب جواهر که فرمود بعید نیست ما بگوئیم اصلاً غرض از انشاء وقف همین است، که ممکن است مقصودش همین بیان امروز باشد که از شیخ نقل می کنیم که حالا جدا به آن می رسیم. استدلال سوم بر خروج از ملک، تمسک به عمومات عقد است. خوب چطور تمسک کنیم؟

این مقدماتی دارد: بنابر اینکه واقف در وقف، انشاء تملیک کند، و ما وقف را عقد بدانیم که قبول می خواهد یا ایقاع بدانیم ولی بگوئیم ادله اوفوا بالعقود شامل ایقاعات نیز می شود در این صورت مسلم است که دیگر به یک دلیل تعبدی دیگر نیاز نداریم. اوفوا بالعقود آن را درست می کند. چرا؟ چون تملیک مالکی است. یعنی وقف، عقدی است و در ضمن این عقد مالک عین موقوفه را به دیگری تملیک می کند، که معنایش خروج از ملک خودش و دخول در ملک موقوف علیه است.

رد استدلال به عمومات وفاء به عقد

بله البته این باید عقد باشد که علی الظاهر بنابر لزوم قبول هست و اوفوا بالعقود هم آن را می گیرد. البته ما قبول نداریم که عقد است، و حتی جزم هم نداریم که ایقاع است، به خاطر شک در لزوم قبول نه می توانیم وقف را عقد بدانیم و نه ایقاع. گرچه ممکن است حتما یکی از این دو باشد، ولی جزما نمی توانیم بگوئیم تحت ادله اوفوا بالعقود است، مگر اینکه ایقاعات هم داخل باشند که آن بحث دیگری است.

پس بنابر اینکه مفاد وقف تملیک باشد، و عقد باشد، اوفوا بالعقود آن را می گیرد و یک راه مستقلى درست می شود برای خروج از ملک. منتهی ما مقدمات این استدلال را قبول نداریم.

استفاده خروج از ملک واقف با تمسک به اینکه تملیک از فروعات عقد است

ملحق می شود به همین بیان، بیان دیگری که ما نگوئیم تملیک، عین مفاد صیغه و عقد وقف است بلکه بگوئیم از متفرعات آن است. از متفرعات عرفی انشاء وقف است. وقتی شما وقف می کنید لازمه عرفی اش تملیک به موقوف علیهم است، که باز هم اوفوا بالعقود این را می گیرد.

پس اگر تملیک به غیر را داخل در متن عقد دانستیم می شود دلالت مطابقی. و اگر به التزام دانستیم، می شود دلالت التزامی عرفی. آنوقت فیتوجه الامر بالوفاء.

فرمایش مرحوم شیخ این است که فرموده اند: «بل قد یستدل علیه بعمومات الوفاء بالعقد (این قد یستدل معلوم نیست نظر خودش شیخ باشد، بلکه استدلالی است که ایشان یافته است) بناء علی ما قدمنا من کون التملیک مدلولاً للعقد أو لازماً عرفياً لمدلوله مطلقاً أو فی بعض الموارد کما فی وقف الخاص و العام، فالامر بوفاء العقد حیث یقضى بزوال الملك عن الواقف، لأنه انشأ ما یتقضى تملیک الغیر مطابقتاً (در جائی که تملیک داخل باشد در متن عقد) أو التزاماً عرفياً (بنابراینکه

خارج باشد از متن عقد و به دلالت التزامیه عرفی تملیک باشد) فیتوجه الامر بالوفاء» آنوقت مصداق اوفوا بالعقود می شود، البته به شرطی که عقد باشد و قبول لازم داشته باشد.

رد استدلال صغرویا و کبرویا

این هم یک استدلال است، ولی به نظر ما این استدلال درست نیست. صغرایش هم درست نیست و کبرایش هم درست نیست. ما در وقف احراز نکردیم که در وقف عرفی تملیک حاصل می شود. گفتیم این مجعول اصالی است احراز هم نمی کنیم که در آن تملیک هست. احراز هم نمی کنیم که از لوازمش تملیک است. ما همچنین احرازهایی نکردیم. بله از باب اجماعی که وجود دارد خروج از ملک مسلم است، اما نه اینکه مالک به انشاء مالکی انشاء کرده باشد تملیک به غیر را که لازمه اش خروج از ملک خودش باشد نه مطابقتا و نه التزاما. ما این را احراز نکردیم.

و حالا مرحوم شیخ می فرماید: «و هذا الاستدلال اولی من التعلق بالنص و الاجماع تعبدًا، إذ الظاهر أن زوال الملك فی الوقف لیس امرًا تعبدیًا شرعیًا ثبت تعبدًا من الشرع، بل هو من متفرعات انشاء الوقف عرفًا، فالادلة الشرعیة امضاء لها لا مؤسس له بعد ما لم یکن فی العرف شیئا معهودًا».

حرف ایشان این است که این استدلال که ما تملیک را و لو از متفرعات انشاء وقف و از لوازم عرفی وقف بدانیم، و بعد آن را مشمول اوفوا بالعقود بدانیم بهتر از تمسک به نص و اجماع است. چرا؟ چون استظهارشان این است که این حکم زوال ملک واقف یک امر تعبدی شرعی نیست بلکه از لوازم عرفی وقف است که شارع هم امضاء کرده است. از امور تأسیسی شارع نیست.

از نظر مرحوم شیخ، ذکر ادله دیگر از طرف فقهاء دال بر عدم تملیک واقعی است

بعد ایشان می فرماید: بله! ما قبلاً در بحث وقف منقطع به قرائن مختلف گفتیم که مفاد عقد و منصوص در عقد، تملیک از ناحیه مالک نیست که ما همانجا به ایشان که به قرینه کلمات فقهاء این مطلب را گفت اشکال کردیم. عرض کردیم شما به قرینه کلمات فقهاء نمی توانید واقعیت را عوض کنید. حالا ایشان میفرماید ما در آنجا گفتیم. وبعد هم استدلالی می کنند که آنجا هم کرده بودند، می گویند کلمات فقهاء در اینجا که آمده اند زوال ملک را به عنوان حکم وقف ثابت کرده اند، شاهد بر مدعای ما است. چرا؟ چون اگر در متن عقد تملیک بود، زوال ملک از مقتضیات خود عقد می شد. و وقتی شک می کنیم که آیا در ملک موقوف علیهم وارد می شود یا در ملک خداوند وارد می شود و یا امثال این، نباید می رفتیم ادله

دیگر را نگاه می کردیم، باید می گفتیم مقصود واقف چه بوده است. در انشاء تملیک واقفی اینطوری است، ما باید بگوئیم مالک چه قصدی کرده است، نباید برویم سراغ ادله دیگر.

ایشان می گوید بنابراین از اینکه فقهاء به جای بررسی قصد مالک به دنبال ادله می روند تا ببینند ادله چه می گوید آیا از ملک واقف خارج شده است؟ آیا به ملک موقوف علیهم در آمده است و به چه صورت در آمده است، می فهمیم که در وقف تملیک مالکی نیست، والا لازمه اش این بود که از خود واقف بپرسند که مال در ملک چه کسی در آید، نه اینکه بروند بحث کنند و از اجماع یا روایات بدست آورند که مال موقوفه کجا می رود آیا مال مسلمین است یا مال خداوند است یا فک است. می گوید اگر مالکی بود باید از خود مالک می پرسیدند که در انشاءش چه قصدی کرده است. مثل موارد دیگری که تابع انشاء منشی است.

تا اینجا چه شد؟ ایشان اول فرمود قد یستدل که ما نمی توانستیم مفاد این استدلال را که تمسک به اوفوا بالعقود است را به گردن شیخ بگذاریم. ایشان می گوید قد یستدل من فقط نقل کردم. ولی بعدا می گوید هذا الاستدلال اولی من التعلق بالنص و الاجماع، از نص و اجماع بهتر است، چرا؟ برای اینکه خارجا ما می دانیم که بحث زوال ملک مالک یکی از تعبدات شرعی نیست، بلکه این از لوازم عرفی وقف بوده است که مولا امضاء کرده است. پس تأسیسی نبوده است.

بعد هم فرموده اند: نعم، ما در جای خودش در بحث وقف منقطع گفتیم ما قبول نداریم که تملیک در خود وقف است. خب پس چطور اوفوا بالعقود آن را می گیرد؟ ایشان می گوید تحقیق این است که زوال ملک به قصد واقف در ضمن عقد نیست، به حکم شارع تعبدات هم نیست، بلکه به حکم عرف است و از لوازم و متفرعات انشاء وقف است. مثل چی؟ مثل تملیک ملازم لمفهوم الصلح. همانطور که در بحث وقف منقطع الآخر گفتیم که ایشان بحث صلح را مطرح می کند، می گوید در صلح ما مفهوم تملیک را انشاء نمی کنیم، مفهوم صلح را انشاء می کنیم، ولی لازمه این صلح تملیک است. می گوید اینجا هم همینطور است، لازمه وقف این است. می گوید «فالوقف مفهومه امر یلزمه عرفا خروج الوقف عن ملک الواقف، كما أن الصلح مفهومه أيضا کذلک».

حالا من تمام تحقیق را بخوانم: می فرماید: «فالتحقیق أن زوال الملک فی الوقف لیس بقصد الواقف فی ضمن العقد و لا بحکم الشرع تعبدات بل بحکم العرف من جهة الملازمة کالتملیک اللازم لمفهوم الصلح عرفا».

بعد هم ایشان می فرماید: اگر این وقف زیاده بر این معنای عرفی که زوال ملک است یک مفهوم عرفی دیگر داشته باشد و لازمه اش دخول در ملک موقوف علیهم باشد آن هم امضاء می شود.

بعد ایشان می گوید: اگر این مسلکی که می گوئیم قبول نکنید، نمی توانید حرف فقهاء را جمع کنید. چون از یک طرف از بعضی حرفها تملیک در می آید، مثل آن مباحثی که در صیغه وقف گفته اند. می گوید بوی تملیک می دهد که آقای واقف انشاء تملیک می کند. از بعض حرفهای آنها این در می آید که این زوال ملک حکم تعبدی شرعی است. و لذا جمعش را ایشان به همین دانسته که بگوئیم در صیغه نیست پس تملیک نیست اما در عین حال از متفرعات بر صیغه است و از لوازم قهری مفهوم وقف است، مثل بحث صلح.

حالا ما جلسه بعد می خواهیم بحث کنیم که این حرفها مشکل دارد تا در نهایت ببینیم آیا راه جمعی داریم یا خیر. البته هنوز هم راه های دیگری هم برای زوال ملک گفته اند که در کلمات فقهاء هست و مسطور است انشاءالله آنها را هم بحث می کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله»

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۲۸۹
- خلاصه مباحث گذشته ۲۸۹
- تمسک فقهاء به اجماع و روایات کاشف از عدم انشاء تملیک در مفاد صیغه وقف است ۲۹۰
- به نظر مرحوم شیخ زوال ملک از لوازم عرفی کار وقف است..... ۲۹۱
- لوازم عرفی گاهی علاوه بر خروج از ملک انتقال در ملک دیگری را هم می فهماند ۲۹۱
- اجمال در مقصود شیخ ره از لازم عرفی و دو احتمال در آن ۲۹۲
- قرینه ای بر تقویت احتمال اول ۲۹۳
- بیان فرق دو احتمال ۲۹۳
- عبارت مرحوم شیخ..... ۲۹۵

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در استدلال هایی بود که بر زوال ملک واقف در وقف اقامه شده است. اجماع را بررسی کردیم.

یک استدلال دومی هم آوردیم که از لازمه مجموع ادله ای که در بحث آتی یعنی در بحث انتقال مال موقوفه در ملک موقوف علیهم آمده استفاده کردیم و وجهش را هم بیان نمودیم که گذشت.

استدلال سومی هم نیز طبق مبنای تمسک به اوفوا بالعقود بیان شد که مرحوم شیخ انصاری رحمه الله علیه این استدلال را اولی از تمسک به اجماع و نص می دانند چون این استدلال مسأله خروج مال موقوفه از ملک واقف را از حالت تعبد خارج می کند. و با آنچه در محیط های عقلانی دارج است بیشتر سازگار میکند.

اجمالاً در جلسه گذشته آمد که ایشان فرموده اند: قد یستدل به عمومات وفاء به عقد. در صورتی می توان به این آیه استدلال کرد که مفاد صیغه در وقف، تملیک عین موقوفه باشد و وقف هم عقد باشد که در این صورت مشمول اوفوا بالعقود میشود. اما این کلام با بیان مرحوم شیخ حسب آنچه قبلاً فرمود و در اینجا هم تکرار می کند تناسب ندارد چون تملیک بودن مفاد صیغه وقف را مستبعد می داند بخاطر توالی ای که دارد که علی الظاهر با نحوه ورود و خروج فقهاء در خیلی از بحثهای وقف ناسازگار است.

اما احتمال دیگری در مقام وجود دارد برای استدلال از آیه و آن اینکه خروج از ملک از لوازم و متفرعات انشاء وقف باشد. اگر عینی وقف شد از متفرعات عرفی این وقف، زوال ملک باشد. ایشان می فرماید استدلال به چنین بیانی اولی است از تمسک به نص و اجماع؛ دلیلش هم این است که به نظر می آید در میان عرف و عقلاء مسأله زوال ملک، امری تعبدی نیست. اینطور نیست که چون شارع فرموده زوال ملک می شود زوال ملک بشود. بلکه امری عرفی است. و شارع هم زوال ملک را تأسیس نکرده، بلکه در مقام امضاء همان امر عرفی باشد.

تمسک فقهاء به اجماع و روایات کاشف از عدم انشاء تملیک در مفاد صیغه وقف است

ایشان می فرماید نعم قد ذکرنا أن التملیک لیس مدلولاً لنفس العقد و الصیغة. ایشان قبلاً تمام این احتمالات را ذکر کردند ولی اینکه تملیک نفس مفاد صیغه باشد را مستبعد دانستند، چون لازمه اش این است که بسیاری از بحثهایی که فقهاء در موارد دیگر می کنند وجهی نداشته باشد.

اگر فقهاء نظرشان در باب وقف، انشاء تملیک از ناحیه مالک است، چرا در مثل خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیهم به روایات یا اجماع تمسک می کنند؛ باید به قصد واقف در اینکه تملیک کرده و شارع نیز آنرا امضاء کرده تمسک کنند و نتیجه بگیرند که عین موقوفه داخل در ملک موقوف علیهم شده است. پس تمسکشان به اجماع و روایات کشف از این می کند که فقهاء در مفاد صیغه وقف انشاء تملیک نمی بینند.

به نظر مرحوم شیخ زوال ملک از لوازم عرفی کار وقف است

اما آیا از لوازم نیست؟ ایشان می گوید: «والتحقیق أن زوال الملك فی الوقف لیس بقصد الواقف فی ضمن العقد ولا بحکم الشارع تعبدا بل بحکم العرف من جهة الملازمة کالتملیک اللایزم لمفهوم الصلح عرفا فیما یتعلق بالاعیان، فالوقف مفهومه امر یلزمه عرفا خروج الوقف عن ملک الواقف، كما أن الصلح مفهوم أيضا کذلک (که لازمه صلح تملیک است)»^۱.

تحقیقی که مرحوم شیخ بر آن مستقر شده اند این است که زوال ملک در وقف به قصد واقف و انشاء او در نفس صیغه عقد نیست همچنین به تعبد شرعی هم نیست، یعنی به اینکه شارع بگوید من کاری ندارم به واقف که انشاء تملیک نکرده، من می گویم هر کجا وقف واقع شد من تعبد می کنم به خروج ملک و دخول در ملک موقوف علیهم خاص یا عام. بلکه از لوازم عرفی کاری است که واقف انجام می دهد. واقف می گوید وقت، از لوازم عرفی وقف، خروج از ملک است. ایشان این را تمثیل می کنند به صلح، همانطور که در صلح، مفهوم صلح و امری که انشاء می شود تملیک نیست، اما لازمه عرفی اش تملیک است، در وقف هم لازمه عرفی انشاء وقف، زوال ملک است. بنابر این زوال ملک نه به قصد واقف است، نه به تعبد صرف است، بلکه از لوازم عرفی وقف است که شارع نیز آن را امضاء کرده است.

لوازم عرفی گاهی علاوه بر خروج از ملک انتقال در ملک دیگری را هم می فهماند

در ادامه ایشان این نکته را هم اضافه می کند که در مواردی لازمه عرفی عقد وقف بیش از خروج از ملک است. مثلا در وقف خاص یا وقف عام یا در اعم از وقف عام و خاص، عرف علاوه بر خروج مال موقوفه از ملک واقف، ورود در ملک موقوف علیهم هم می بیند. و این نیز از لوازم عرفی است. که در فرض تحقق، مورد امضاء شرعی است، و یک تعبد محض نیست. به خلاف وقف در مانند مسجد که فقط فک ملک است مثلا. پس لوازم عرفی در مواردی حتی فراتر از خروج از ملک واقف است و شامل دخول در ملک موقوف علیهم هم می شود.

مرحوم شیخ در اینجا واقعا خیلی دقت کرده و دقتهای خوبی نیز هست، ولی به نظر می رسد با وجود این دقتها و جلالت قدر ایشان مطلب هنوز خام است و بیانات ایشان مشکل را حل نمی کند.

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۴۰

اجمال در مقصود شیخ ره از لازم عرفی و دو احتمال در آن

برای اینکه اصل مطلب فراموش نشود دوباره تکرار می کنم که در این استدلال سوم می خواهیم بنابر اینکه وقف عقد باشد یا عقود نیز مشمول اوفا بالعقود باشند به این دلیل تمسک کنیم، حال می خواهیم ببینیم نحوه تمسک ایشان به چه صورت است. دوستان دقت بفرمایند. به نظر می رسد در استدلال ایشان در مفهوم «لازم» خلط شده است و کلام ایشان ابهام و اجمال دارد.

وقتی ایشان زوال ملک را از لوازم عرفی انشاء وقف می داند باید بفهمیم مقصود ایشان از لازم عرفی چیست.

در مورد خروج از ملک شرعی این پرسش وجود دارد که آیا تملیک و خروج از ملک از اموری است که واقف در انشائش انجام می دهد و وقف به معنای ملک است و شارع آن را امضا می کند؟ یا اینکه وقف انشاء وقف است و خروج از ملک و تملیک به موقوف علیهم اگر باشد اثری شرعی است که از ناحیه شارع بر وقف بار می شود؟ قبلاً در بحث ملک شرعی به این دو صورت اشاره کردیم.

حال عرض ما این است که نظیر این پرسش در کار عرف هم وجود دارد. اگر فرض کنیم شرعی وجود ندارد و بخواهیم با فهم عقلاء و عرف پیش برویم این پرسش وجود دارد که عقلاء و عرف چگونه می فهمند؟ آیا عرف وقف را ملازم با انشاء تملیک می داند یا ملازم با انشاء تملیک نمی داند و تنها انشاء وقف می بیند ولی عرف یعنی عقلاء در موارد وقف، حکم خروج از ملک و دخول در ملک دیگری را بر آن مترتب می کنند. مقصود از لازم عرفی کدام صورت است؟

پس تارة می خواهید بگوئید انشاء وقف، انشاء تملیک هم هست بالتبع. یعنی همانطور که در باب دلالت های التزامی عرفی مانند باب مفاهیم می گوئیم لفظی را القاء می کنیم و این یک لازمه عرفی دارد. یعنی کسی که به این لفظ تکلم می کند و آن را در صحبتش قصد می کند، بالالتزام لازمش را نیز قصد می کند. در باب وقف نیز واقف دو قصد و دو انشاء می کند یکی انشاء وقف به قصد تحقق الوقف، و به تبع انشاء می کند خروج عین موقوفه را از ملک خویش و ورود آن را به ملک موقوف علیهم.

و تارة این نیست، بلکه مقصود از لازم عرفی این است که عرف وقف را انجام می دهد، و عقلاء حکمی (مانند حکم شرعی) بر آن بار می کنند، لذا ما می گوئیم لازمه عرفی اش این است. مقصود از لازم عرفی یعنی وقتی ما آن را ایجاد کنیم این حکم عقلانی پشت سرش می آید، از این جهت می گوئیم لازم عرفی است. این را باید شیخ روشن می کرد، چون زمین تا آسمان فرق می کند.

قرینه ای بر تقویت احتمال اول

اولا مرحوم شیخ با مثالی که اینجا می زند احتمال اول را تقویت می کند. ایشان می گوید زوال ملک و البته در مواردی ورود در ملک موقوف علیهم از لوازم عرفی وقف است. بعد تمثیل می کند و می گوید در عین حال تملیک در خود وقف صورت نگرفته است. می گوید مثل صلح، که در صلح مفهوم صلح و انشائی که ما در صلح می کنیم خودش بعینه تملیک نیست، ولیکن یلزمه عرفا التملیک.

من به بحثهای گذشته ایشان رجوع کردم در آنجا تصریح می کند که انشاء صلح انشاءً للتملیک بالتبع. پس این یک تصویر است و فرقی با احتمال دیگر زمین تا آسمان است.

بیان فرق دو احتمال

اگر در نفس عقد صراحتاً و بالاصالة تملیک نهفته باشد همانطور که مرحوم شیخ قبلاً آن را به عنوان یک احتمال بیان نمود، اوفوا بالعقود شامل آن می شود و خروج عین موقوفه از ملک مالک و دخول در ملک دیگری به نفس امضاء اوفوا بالعقود حاصل می شود. نه این که حکم جدیدی بر آن بار شود. پس خود امضاء اوفوا بالعقود این کار را انجام می دهد. چه کاری را؟ خروج از ملک و دخول در ملک دیگری را.

اما اگر گفتیم انشاء وقف، تملیک بالتبع نیست، خب تملیک بالذات یعنی صراحتاً و بالاصالة هم که نیست، پس اوفوا بالعقود اگر شامل این وقف شد چیزی بیش از امضاء این وقف نیست که این وقف ثبت. بعد یک حکم عقلانی بار می شود بر این که خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیهم است، و شارع هم بالسیره یا هر چیز دیگری این را امضاء کرده است. پس ولو ملکیت برای موقوف علیهم اینجا ثابت می شود و خروج از ملک هم ثابت می شود، اما نه به وسیله اوفوا بالعقود، بلکه به یک دلیل مازاد. آن دلیل چیست؟ دلیلی که آثار وقف را بار می کند. یکی از آثارش خروج از ملک است، یکی از آثارش دخول در ملک موقوف علیهم است. لذا مرحوم شیخ هم فرمود از اینکه فقهاء خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیهم را در احکام الوقف آورده اند، می توان استظهار کرد که تملیک را داخل در عقد نمی دانند.

اما اگر تملیک بالتبع قائل باشیم، تملیک بالتبع خودش مشمول اوفوا بالعقود است، یعنی اوفوا بالعقود که می آید وقف را می گیرد، تملیک بالتبعش را هم می گیرد. چون انشاء وقف گوئی دو تا انشاء است، انشاء وقف است و بالتبع انشاء تملیک است، هر دوی آنها به اوفوا بالعقود درست می شود. پس اوفوا بالعقود با شمولش خروج از ملک واقف و دخول در

ملک موقوف علیهم را درست می کند ولو اینکه یک انشاء تملیک بالتبع را شامل شده است. خود وقف بماهو هو در آن تملیک نیست، اما بالتبع شامل است. که حالا من عبارت را می خوانم.

قبلا مرحوم شیخ در مورد صلح فرموده بود وقتی می گوید صالحتک هذا بذاک، مفهوم صلح گذشتن و عبور کردن و تجاوز کردن است. البته در فارسی به معنای آشتی کردن است و گذشت هم می گویند. به نظر ایشان در مفهوم صلح تملیک نیست، اما در صلح تملیک بالتبع هست.

پس نتیجه بحث این شد، اینکه شما در تحقیقتان می گوئید که تملیک در خود عقد نیست، و همچنین خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیهم به تعبد شرعی صرف هم نیست، پس چیست؟ فرمودید این خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیهم از لوازم و متفرعات عرفی وقف است. سؤال ما از شما این است که: لوازم و متفرعات عرفی چیست؟ آیا مقصودتان این است که انشاء الوقف انشاء تملیک هم هست و انشاء خروج از ملک هم هست؟ یا نه مقصودتان این نیست، بلکه مقصودتان این است که انشاء وقف، انشاء وقف است، یکی از احکام و آثار در بستر عقلانی، خروج از ملک است، و شرع هم اگر قبول داشته باشد به ادله امضاء این حکم عقلانی را امضاء کرده است نه با اوفوا بالعقود.

آنوقت نتیجه اش خیلی فرق می کند. اگر شما اولی را قائل بشوید که بگوئید از توالی است به معنای این است که انشاء للتملیک بالالتزام، آنوقت خود اوفوا بالعقود آن را می گیرد و نیازی به ادله دیگر نیست. اما یک اشکال دیگر هم به شیخ وارد است. مرحوم شیخ فرمود ما نمی توانیم زیر بار این برویم که مفاد وقف در کلمات فقهاء تملیک باشد. چرا؟ چون گفت اگر تملیک باشد بسیاری از فروعاتی که طرح کرده اند با این حرفشان سازگار نیست. چون در آنجاها مثلا برای اینکه بگویند خروج از ملک و دخول در ملک موقوف علیهم واقع می شود رفته اند سراغ اجماع و نصوص و اینها. در حالی که اگر بنا باشد که در مفاد وقف تملیک حاصل باشد یعنی انشاء تملیک باشد، به خود اوفوا بالعقود حاصل است، پس چرا دنبال ادله دیگر رفته اند.

بر اساس این اشکال مرحوم شیخ فرمود: لذا ما نمی توانیم زیر بار این حرف برویم که مفاد وقف در کلمات فقهاء تملیک باشد. عین این اشکال به تملیک تبعی هم وارد است. چه فرقی می کند. تملیک اگر تبعی هم باشد همین اشکال وارد است. شما تملیک تبعی را مشمول مدلول اوفوا بالعقود می دانید، ولذا برای اینکه روشن شود آیا عین موقوفه از ملک واقف خارج شده یا وارد در ملک موقوف علیهم شده است باید برگردید ببینید قصد واقف چه بوده است نه اینکه بروید به دنبال ادله دیگر. پس عین همان اشکالی که در تملیکی که اصالتا مفاد وقف باشد وارد است در تملیک تبعی هم وارد است. فرقی

چیست؟ پس این و التحقیق شما چیست. شما با و التحقیق خواستید مشکل را بعد از این جمع کنید، ولی با این هم جمع نمی شود.

عبارت مرحوم شیخ

عبارتی که قبلاً در طی بحث وقف علی من ینقرض ایشان فرموده بود این است: «و تحقیق المقام یقتضی بسطاً فی توضیح الحال و هو أن الاحتمالات المتصورة فی الوقف ثلاثة: أحدها أن یقال: إن حقيقة الوقف عبارة عن انشاء تمليك خاص من حیث التقييد بالحبس و التسبیل. والثانی (که محل بحث ما است) أن یقال: إنها عبارة عن انشاء خاص مصادف لعنوان التمليك و مصادف معه فی الوجود الخارجی نظیر انشاء الصلح، فإنه ليس عين انشاء التمليك، بل مصادف معه، لأن الصلح عبارة عن التجاوز و بالفارسیة عن «گذشتن»، و هذا المفهوم اعنی انشاء التجاوز عن الشیء وإن لم یکن عين انشاء التمليك ولكن متصادق معه نظیر تصادق الاکرام أو الاهانة مع عنوان الضرب و الاطعام وإن لم یکن الضارب قاصداً للاهانة بل للاذیة و الظلم، و نظیر تصادق التمليك مع انشاء الاذن فی جمیع التصرفات». می گوید اگر کسی انشاء کند اذن در جمیع تصرفات را، این متصادق می شود با تمليك، چرا؟ فإن فيه انشاء للتمليك تبعاً. اگر کسی انشاء کند اذن در همه تصرفات را از جمله تصرفات ناقله را، این انشاء اذن بالتبع انشاء تمليك هم هست. «لأن إباحة جمیع التصرفات لا تنفک عن الملك عرفاً و شرعاً، فإذا اذن فی جمیع التصرفات فقد ملک العين من باب الانتقال من اللازم الى الملزوم». ملک العين یعنی خود این آقا انشاء تبعی کرده است. اگر شارع خودش بار کند یا عقلاء خودشان حکم را بار کنند که ربطی به انشاء تمليك ندارد. «فالوقف علی هذا الوجه نحو تفویض لعین الموقوفة الى الموقوف علیهم یلزمه عرفاً التمليك»^۱

پس اینجا هم در صلح ایشان فرموده است که و إن لم یکن عين انشاء التمليك ولكن متصادق معه و نظیر تصادق التمليك مع انشاء الاذن که گفته انشاء للتمليك تبعاً.

حالا حرفهای ما این بود که (یک قدری بحثها برای مرحوم شیخ قاطی شد): اگر ما در استدلال سوم که استدلال به اوفوا بالعقود است، اول مرحوم شیخ فرمود و قد یستدل بر مدعا به اوفوا بالعقود، بعد هم فرمود و هذا الاستدلال اولی من التعلق بالنص والاجماع تبعاً، این استدلالی که شما می گوئید اولی است و بعد آن را درستش کردید به اینکه از لوازم عرفی است، اگر لب حرف شما این باشد که انشاء تمليك تبعی است، درست است که آنوقت اوفوا بالعقود آن را می گیرد، ولی

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۱۴

دیگر آن حرفهای بعدی که شما زدید که اگر انشاء تملیک مالکی باشد با حرف فقهاء جور در نمی آید، اینجا هم همین است با حرف فقهاء جور در نمی آید. چه فرقی کرد.

و اگر بخواهید بگوئید این نیست، بلکه از لوازم عرفی است، یعنی لوازمی است که عقلاء بار می کنند و شارع تعبد نکرده بلکه امضاء کرده است آنوقت دو اشکال به شما وارد است: اولاً چطور با حرفهای خودتان در بحث قبل جمع می کنید که در صلح و امثال این مثل اذن در اباحه همه تصرفات اینجا فرمودید انشاء تبعی وجود دارد. ثانیاً دیگر اوفوا بالعقود به تنهایی کارگر نیست. چون اوفوا بالعقود تملیک را درست نمی کند تا خروج از ملک و دخول در ملک دیگری درست بشود. بلکه ما باید ادله را نگاه کنیم، که ادله احکام مترتبه بر وقف چیست، آنوقت بتوانیم اینها را بار کنیم.

این تمام الکلام در این فرمایش مرحوم شیخ. که به نظر ما تمسک به اوفوا بالعقود درست نیست، اولاً از باب اینکه عقد بودن یا ایقاع بودن به نظر ما محرز نیست، ولذا ما سابقاً هم گفتیم ادله اوفوا بالعقود شامل نمی شود. به علاوه نحوه استدلال مرحوم شیخ هم صحیح نیست.

این تمام الکلام در این استدلال ما دو استدلال دیگر در این بحث داریم، یکی استدلال مرحوم شیخ انصاری، و دیگری استدلال فقهاء که از تمسک به لوازم خروج از ملک پی برده اند به خروج ملک، که انشاء الله اینها را هم جلسه آتی بحث می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۲۹۷

خلاصه مباحث گذشته..... ۲۹۷

دلیل چهارم بر خروج مال موقوفه از ملک واقف: تطبیق عنوان صدقه بر وقف ۲۹۸

اشکالات دلیل چهارم..... ۲۹۹

اشکال اول: استناد به ظهور لفظ صدقه درست نیست..... ۲۹۹

توجیه استدلال به ظهور لفظ صدقه..... ۳۰۰

رد توجیه استدلال..... ۳۰۰

اشکال دوم: بررسی تطبیق صدقه بر وقف..... ۳۰۰

تحقیق در تطبیق صدقه بر وقف..... ۳۰۱

اشکال سوم: بعضی وقوف صدقه اند نه همه آنها..... ۳۰۲

جواب مرحوم شیخ از اشکال سوم: وجود اجماع بر عدم فرق وقوف در آثار..... ۳۰۲

اشکال چهارم: مسلم نیست که وجه تبادل خروج در صدقه در موارد وقف هم باشد..... ۳۰۳

جواز مرحوم شیخ از اشکال چهارم..... ۳۰۳

استدلال پنجم بر خروج مال از ملک واقف: تمسک به لوازم..... ۳۰۴

تمسک به دو اثر عدم جواز وطی واقف و ضمان نسبت به موقوف علیهم دون الواقف..... ۳۰۵

نیاز استدلال پنجم به اثبات دو مقدمه: قبول لازم، و قبول ملازمه..... ۳۰۶

قبول مقدمه اول از منظر مرحوم شیخ..... ۳۰۷

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در ادله خروج مال موقوفه از ملک واقف بود. دلیل سوم را جلسه گذشته بحث کردیم که تمسک به اوفوا بالعقود بود، گرچه مرحوم شیخ به تعبیر «قد یستدل» بیان کردند، ولی به نظر می آید خود مرحوم شیخ هم با آن موافقت و در والتحقیق هم به شکلی همین استدلال را تصحیح کردند.

علاوه بر اشکالاتی که جلسه گذشته عرض کردیم که به نظر می آید نوعی تهافت در کلام مرحوم شیخ وجود دارد. بنابر مختار ما در عدم احراز عقد بودن وقف، اشکالی مبنائی نیز به این استدلال وجود دارد. قبلاً عرض کردیم و دیروز هم اشاره شد که ما در وقف نمی توانیم به اوفوا بالعقود تمسک کنیم چون احراز نمی کنیم که وقف، عقد باشد از طرفی اوفوا بالعقود شامل ایقاعات نیز نمی شود.

بنابراین ولو تهافت‌های مذکور در کلام مرحوم شیخ نیز نباشد باز اصل این استدلال بنابر مختار قابل خدشه است.

دلیل چهارم بر خروج مال موقوفه از ملک واقف: تطبیق عنوان صدقه بر وقف

دلیل چهارمی که برای خروج مال موقوفه از ملک مالک اقامه شده است، دلیلی است که در کلمات مرحوم شیخ انصاری آمده است. هر چند به لحاظ تاریخی برای ما روشن نیست که قبل از ایشان نیز به این دلیل به تقریبی که ایشان بیان کرده اند تمسک شده است یا خیر؟

ایشان می فرماید: «یمكن الاستدلال علیه قبل ذلک (اجتماعات و شهرت‌هایی که مورد استناد بود) بظاهر ادلة لزوم الصدقة»^۱ ایشان از ادله لزوم صدقه استفاده می کنند. مانند روایاتی که دال بر لزوم صدقه است با این تعبیر که الراجع فیها (یعنی در صدقه) کالراجع فی قیئه^۲، یعنی کسی که به صدقه اش رجوع می کند مانند کسی است که به آنچه بالا آورده مراجعه کند. این کنایه از این است که این کار، قبیح و زشت است و نمی شود در صدقه مراجعه کرد. یا روایاتی که صدقه را به منزله عتق می داند. در عتق می دانیم که نمی توان رجوع کرد و بنده با عتق از مال معتق خارج می شود. لذا خروج از ملک در صدقه روشن است. پس از این ادعا می شود که به حسب روایات، وقف نیز مصداق صدقه است. مانند روایتی که از حضرت امیر صلوات الله علیه در ماجرای عین ینبع آمده است که امام علیه السلام فرموده اند بشر الوارث هی صدقة بتا بتلا، یعنی یک صدقه مقطوعه است فی حجیج بیت الله الحرام^۳. در این روایات امام علیه السلام عنوان صدقه را بر وقف اطلاق فرموده اند. در بسیاری از روایات دیگر نیز این اطلاق آمده است که ما آن را قبلاً در بحثی مستوفی مطرح کردیم و دوباره هم به آن می پردازیم.

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۶

^۲ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۲۴۴

^۳ الکافی (ط - دار الحدیث)؛ ج ۱۳، ص: ۴۶۱ ح

پس کیفیت استدلال این است که اگر ثابت شد که وقف صدقه است، ظهور عرفی و شرعی لفظ صدقه در این است که از ملک متصدق خارج می شود و در ملک متصدق علیه داخل می گردد.

اشکالات دلیل چهارم

خود مرحوم شیخ رحمه الله علیه اشکالی را نقل کرده جواب می دهند. اشکال دیگری را نیز مطرح کرده که گوئی می خواهند بر آن مستقر شوند ولی در نهایت به آن نیز پاسخ می دهند. و به نظر می آید با مجموع نقض و ابرامهایی که مطرح می فرمایند بر این استدلال مستقر می شوند و در آخر می فرمایند «هذا ما ظهر لنا من الاستدلال»^۱.

عرض شد به لحاظ تاریخی نمی دانیم قبل از ایشان نیز به این وجه تمسک شده است یا نه؟ ولی ایشان به عمومات صدقه استدلال کرده اند.

قبل از بیان ایرادات مرحوم شیخ و پاسخهای ایشان می خواهیم اشکالی را که بر اساس مبنای مختار در این بحث داریم عرض کنیم.

اشکال اول: استناد به ظهور لفظ صدقه درست نیست

به نظر می رسد استناد به ظهور لفظ صدقه در اینکه عرفا و شرعا مفید زوال ملک است مشتمل بر همان خطایی است که قبلا اشاره کردیم. در اینجا بحث از سنخ مباحث لفظی و شناخت معنای لفظ صدقه نیست؛ بحث در ماهیت صدقه است که آیا ماهیتی است که از احکام آن زوال ملک متصدق و دخول در ملک متصدق علیه هست یا نه. با دلالتهای لفظی لفظ صدقه که نمی توان احکام آن را بار کرد. باید اول روشن شود که صدقه چه ماهیتی دارد.

صدقه اسبابی شرعی دارد که اگر با شرائطی واقع شود احکامی بر آن مترتب می گردد. و اینها را باید از بیرون از دائرة لفظ مثل روایات بدست آورد. با تحلیل لفظ صدقه نمی توان احکامش را بار کرد و اشتباه این روش روشن است.

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

توجیه استدلال به ظهور لفظ صدقه

مگر اینکه گفته شود مقصود از این استدلال و اینکه فرموده اند لظهور لفظ الصدقة، یعنی لفظ صدقه ظهور در ماهیتی دارد که حکمش عبارت است از خروج از ملک و دخول در ملک متصدق علیه. در این صورت استدلال قدری موجه می شود که بگوئیم لفظ صدقه عرفاً و یا شرعاً دلالت می کند بر ماهیتی، که این حکم زوال ملک مترتب بر این ماهیت را نه از لفظ صدقه، بلکه از بیرون لفظ و با روایات و غیره می فهمیم. روایات می گویند هر وقت صدقه به عنوان یک امر عقلائی یا امر شرعی وقوع پیدا کرد و این ماهیت واقع شد چنین آثاری دارد. خلاصه اینکه آثار و احکام را از لفظ صدقه در نمی آوریم.

این بیانی است که تا حدی مشکل را برطرف می کند.

رد توجیه استدلال

منتهی این توجیه با حرفهای مرحوم شیخ سازگار نیست. ایشان در ذیل إن قلت و قلت های بحث به تبادل تمسک می کنند و می فرمایند: «و هو أن تبادل خروج العين عن ملك المالك من لفظ الصدقة»^۱. این خیلی عجیب است که کسی مانند مرحوم شیخ به این صورت استدلال کند و خروج ملک در باب صدقه را که از احکام صدقه است از مدلول لفظ صدقه بدست آورد و به تبادل تمسک کند.

این مانند این است که بگوئیم از لفظ صلاة تبادل می کند که احکام صلاة چیست. به نظرم این نحوه استدلال کلاً نادرست است.

اشکال دوم: بررسی تطبیق صدقه بر وقف

بحث دیگر با مرحوم شیخ در اصل صدق صدقه بر وقف داریم. اگر یاد دوستان باشد در سال گذشته یکی دو جلسه را در اواسط بحثها به تحلیل مسأله صدقه و رابطه اش با وقف اختصاص دادیم. واقعا بحث دشواری است. چون ما می دانیم در روایات بر وقف صدقه اطلاق شده است. از آن طرف صدقه های بالمعنی الخاص هم داریم که در آن از ملک

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

خارج می شود و به محض قبض صدقه از ناحیه متصدق علیه به ملک او در می آید لذا می تواند {جمع تصرفات اعتباری و تکوینی را نسبت به آن انجام دهد مانند اینکه اگر منزلی است در آن ساکن شود یا {بفروشد یا هبه کند و غیره.

به خلاف وقف که بر آن هم صدقه {اطلاق می شود ولی جمع این آثار را ندارد}. در روایات زیادی {برای وقف} عنوان صدقه آمده است. اگر یاد دوستان باشد در برخی از کتب فقهاء حتی لفظ وقف نیامده و در بسیاری از موارد لفظ صدقه بر وقف اطلاق شده است. یعنی وقف را تحت عنوان صدقه آورده اند. مرحوم شیخ طوسی در نهاییه و جای دیگر فرمود وقف و صدقه یکی هستند.

حالا یک بحث، بحث فهم کلمات فقهاء است، یک بحث روایات است. الی ماشاءالله در روایات، عنوان صدقه بر وقف اطلاق شده است.

تحقیق در تطبیق صدقه بر وقف

منتهی تحقیق نهایی ما در آن بحث این شد که به نظر می رسد یک صدقه جامع داریم که له آثار، که آثار جامعی است که برخی را بیان می کنیم. و یک صدقه های خاص داریم. گوئی این صدقه جامع حصصی دارد. یک حصه اش که توأم است با عدم ارث و عدم امکان بیع و شراء و غیرهم من الاحکام، وقف اصطلاحی می شود. حصه دیگرش عبارت است از صدقه بالمعنی الخاص که متصدق علیه با قبض، مالک می شود. پس ما یک صدقه عام و جامع داریم، که وقتی توأم با برخی خصوصیات می گردد، می شود وقف. و توأم با برخی خصوصیات دیگر می شود صدقه بالمعنی الخاص. آن صدقه جامع هم آثاری دارد فرض کنید یکی از آن آثار عدم جواز رجوع است. عدم جواز رجوع برای آن جامع صدقه است. و آنجا عرض کردیم که ما وقتی به روایات مراجعه می کنیم بعید نیست که برخی از احکام و خواص را برای جامع صدقه ببینیم.

اینکه فقهاء گفته اند وقف و صدقه فرق نمی کند، وقف با صدقه ای که مجامع با آن است یعنی با آن حصه از صدقه که با وقف توأم است تفاوتی ندارد، یا در آن آثار مشترکه فرق نمی کند. و الا مگر می شود این حرف را بزنیم. در صدقه بالمعنی الخاص متصدق علیه مالک می شود. در صورتی که در وقف حتی اگر بگوئیم موقوف علیه مالک می شود زمین تا آسمان با ملکیت متصدق علیه تفاوت دارد. در وقف بر موقوف علیه خاص حتی اگر قائل به ملکیت باشیم چون متعلق حق بطون دیگر است جز در موارد خاص، حق خرید و فروش ندارد و به هیچ وجه ارث برده نمی شود. به خلاف صدقه بالمعنی الخاص که متصدق علیه مالک می شود و می تواند هبه کند و بعد از مرگش هم ملک ورثه اش می شود.

مقصود این است آنهایی که می گویند وقف و صدقه فرقی نمی کنند، حتما نمی توانند بگویند وقف با صدقه بالمعنی الخاص فرق نمی کند. خودشان آخر کتاب الوقف بحث صدقه بالمعنی الخاص را مطرح می کنند و فرقه های این دو روشن است.

پس بعید نیست جمع بندی در باب عنوان صدقه این باشد که وقتی به روایات متعدد مراجعه می کنیم، می بینیم اطلاق صدقه هم بر وقف شده و هم بر صدقه بالمعنی الخاص. پس بعید نیست یک معنای جامع صدقه داشته باشیم که همراه با یکسری خصوصیتها فصل می شود به وقف و با فصل دیگر می شود صدقه بالمعنی الخاص و غیره.

اگر اینطور شد، دیگر استدلال مرحوم شیخ درست نیست. چون تطبیق عنوان صدقه بر وقف، معنایش این نیست که صدقه بالمعنی الخاص است، و معنایش این نیست که خروج از ملک می شود. اینها احکام صدقه بالمعنی الخاص است. آن صدقه جامعی معلوم نیست از آثارش خروج از ملک باشد و چنین چیزی از روایات به دست نیامد. شما دلیلی بیاورید که ثابت کند از احکام صدقه جامعی که مجامع وقف می شود خروج از ملک است. اگر چنین دلیلی باشد استدلال شما درست است، ولی اگر چنین چیزی بود ما مستقیماً به همان استدلال می کردیم، لزومی نداشت که بحث را اینجور پیچانیم.

ولذا به نظر من این راه برای مرحوم شیخ سدّ است. به دلیل اینکه ما عنوان صدقه را که بر وقف تطبیق می کنیم معلوم نیست آن آثاری که ایشان بار کرده یعنی خروج از ملک و دخول در ملک متصدق علیه را داشته باشد. این روشن نیست. بنابراین استدلال صحیح نیست.

اشکال سوم: بعضی وقوف صدقه اند نه همه آنها

اما خود مرحوم شیخ رحمه الله چه فرموده اند؟

اولین اشکالی که خود ایشان بیان کرده اند این است که می گویند ما از این اطلاقات نمی فهمیم که همه وقفها صدقه هستند. غایتش این است که بعضی از وقفها که به دست ائمه علیهم السلام جاری شده است صدقه هستند. این ثابت نمی کند که وقف کلاً این خاصیت را دارد که خروج از ملک در آن هست، چون ثابت نشده است که همه آنها صدقه هستند.

جواب مرحوم شیخ از اشکال سوم: وجود اجماع بر عدم فرق وقوف در آثار

خود ایشان از این اشکال جواب می دهند، می فرمایند: این مسلم است که انحاء وقف در این خاصیت با یکدیگر تفاوتی ندارند. اگر بنا شد در وقف ائمه علیهم السلام ولو به این جهت که عنوان صدقه بر آن تطبیق شده خروج از ملک

مسلم باشد، بقیه وقفها نیز همینطور است. چون لعل مجمع علیه باشد که وقفها در حکم یکسانند. اینطور نیست که بعضی وقفها این حکم را داشته باشند و برخی از وقفها حکم دیگری داشته باشند. این مسلم است. و با وجود این جواب اشکال دفع می شود.

اشکال چهارم: مسلم نیست که وجه تبادر خروج در صدقه در موارد وقف هم باشد

ایشان اشکال دیگری نیز مطرح می کنند، می فرمایند: ممکن است مناقشه در این استدلال از این باب که در صدقه متبادر از لفظ آن همین است که خروج از ملک رخ می دهد. چون در صدقه، مال به ملک متصدق علیه در می آید و واضح است که وقتی در ملک دیگری وارد می شود از ملک متصدق خارج شده است، از این باب است که لفظ صدقه ظهور و تبادر پیدا می کند در خروج مال از ملک متصدق. اما در وقف ما همچنین چیزی نداریم. ما وقفهایی داریم که مسلماً در ملک کسی وارد نمی شود. اقلش این است که در مثل مسجد شما نمی گوئید در ملک کسی وارد می شود. چه بسا در وقف عام هم عده ای عدم ورود را بگویند، یاچه بسا در وقف خاص هم این را بگویند. بنابراین با توجه به اینکه ما در باب وقف به طور کلی این را نداریم که مال موقوفه داخل در ملک دیگری شود، پس آن ظهور و تبادر در خروج از ملک و دخول در ملک دیگری که در صدقه بود در باب وقف وجود ندارد.

لذا ایشان می گوید به نظر می آید این اشکال واقعا به این استدلال وارد است.

جواز مرحوم شیخ از اشکال چهارم

منتهی دوباره ایشان برمی گردد و دعا می کند می گوید اللهم الا أن یدعی، می گوید مگر اینکه ما ادعا کنیم که حتی در صدقه ظهور لفظ صدقه و تبادرش در اینکه خروج مال متصدق بها از ملک متصدق می شود، نه بخاطر ورود در ملک دیگری است، بلکه به این خاطر است که اصلاً خودش ظهور دارد. صدقه اصلاً اینطوری است. صدقه یک ظهور عرفی و شرعی دارد که وقتی واقع می شود خروج از ملک متصدق پیدا می کند. بنابراین تحقق این ظهور اناطه ای ندارد به دخول مال متصدق به در ملک متصدق علیه، همچنین ظهوری از این جهت ندارد. خودش ظهور دارد، خودش یک تبادر دارد. لذا می توان ادعا نمود که این ظهور در وقف هم هست. اوقاف مصداق صدقه هستند، و همان ظهوری که در صدقه هست در وقف هم پدید می آید، ولو اینکه در این مورد مسلم نباشد که مال وارد در ملک موقوف علیهم می شود.

این فرمایش ایشان. ولذا آخرش می فرماید هذا ما ظهر لنا من الاستدلال، که ایشان استدلال را تحلیل کرد و مقومات استدلال را هم فرمود و دو تا اشکال را هم رفع کرد.

منتهی به نظر ما عرض کردیم اولاً اشکال به ایشان وارد است که معنای اینکه صدقه را بر وقف اطلاق کرده اند، صدقه به معنی الخاص نیست، تا شما خواص صدقه بالمعنی الخاص را سرایت بدهید به وقف. این استفاده نمی شود. که به تفصیل گذشت و در صدر بحث هم اشاره کردیم.

واشکال دوم هم این است که ایشان دارد از لفظ صدقه اینها را در می آورد. بالا می فرماید: «فإنه إذا ثبت أن الوقف صدقة، ثبت أنه يفيد زوال الملك عن ملك الواقف لظهور لفظ الصدقة عرفاً و شرعاً في ذلك»^۱ که به نظرم عجیب است که لفظ ظهور داشته باشد بر احکامی که مترتب بر آن است مانند زوال ملک و غیره. پائین هم فرموده اند که: «نعم يمكن المناقشة في هذا الاستدلال بوجه آخر و هو أن تبادل خروج العين عن ملك المالك من لفظ الصدقة إنما هو باعتبار ظهور الصدقة في دخول العين في ملك الآخر، و المقصود في المقام اثبات الملازمة بين ماهية الوقف و زوال الملك عن ملك الواقف، حتى فيما لا دخول هنا كما في وقف المسجد على القول بأنه فك الملك، و هذا المقصود لا يحصل من اطلاق الصدقة على اوقاف...»^۲ و بعد هم جواب داده اند. در هر دو صورت ایشان از تبادل این لفظ در خروج از ملک مالک استفاده کرده است. که به نظر ما این استدلال هم اشتباه است.

پس بنابر این استدلال چهارم از طریق صدق عنوان صدقه درست نیست.

استدلال پنجم بر خروج مال از ملک واقف: تمسک به لوازم

استدلال پنجمی هم در کلمات اصحاب مکرر به نحو بسیار موجز و اشاره وار آمده است که مرحوم شیخ آن را مقداری باز کرده است، به این تعبیر که «و اما الاصحاب فقد استدلوا في المقام باللوازم».

در کلمات متعددی از فقهاء این مسأله آمده است که به لوازم استدلال کرده اند. مقصودشان این است که می خواهند حکم را از لوازم بفهمند. صورت استدلال این است که می گویند ما در باب وقف احکامی داریم که این احکام با بقاء مال

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

^۲ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

موقوفه بر ملک واقف نمی سازد. خیلی ها به این استدلال کرده اند منتهی نه به وضوحی که مرحوم شیخ بیان کرده است. مرحوم شیخ از اصحاب نقل می کند، بعد خودش تحلیل می کند و مقدماتش را در می آورد و به هر مقدمه ای نیز اشکال می کند. ولی در کلمات دیگران خیلی موجز آورده شده. حالا ما همین فرمایش مرحوم شیخ را با تفصیلش عرض می کنیم.

تمسک به دو اثر عدم جواز وطئ واقف و ضمان نسبت به موقوف علیهم دون الواقف

صورت کلی استدلال این است که می گویند: ما یک سری احکام در باب وقف داریم، اینها با بقاء مال در ملک واقف سازگار نیست. مانند عدم جواز وطئ امة. اگر آقای واقف امة ای را وقف کند بر افرادی یا مکانی یا جهتی، دیگر حق وطئ آن را ندارد، کما اینکه ارث نیز برده نمی شود. دوستان دقت کنند، فرض مسئله این است که دیگر حق وطئ ندارد، لا یجوز له. بعد می گویند این عدم جواز لازمه عدم ملکیت است. یعنی اگر در جائی جواز منتفی شد مسلماً ملک نیست، چرا؟ با تمسک به عکس نقیضش، که اگر ملک باشد حتماً جائز است. گوئی از عمومات و روایات می فهمیم که هر کجا ملک یمین شد حتماً جواز وطئ وجود دارد. پس اگر در جائی ما فهمیدیم که جواز وطئ نیست، پس ثابت شده که ملک نیست. این یک لازمه. یعنی از باب یک لازمه ما این را فهمیدیم.

لازمه دیگری که به صورت متعدد در کلمات فقهاء آمده است عبارت است از ضمان. می گویند ضمان شیء تالف تابع ملک است. یعنی اگر بنا شد کسی که مال موقوفه را غصب کرده است به مالک ضامن باشد معنایش این است که این مال مغضوبه ملک همان فرد است. چون ضمان یک شخص نسبت به دیگری حتماً به همان کسی است که مال در ملک اوست. اگر مال از ملک او خارج شده باشد معنا ندارد که نسبت به او ضمان محقق شود.

حالا در باب وقف گوئی مسلم است که ضمان برای موقوف علیهم است. یعنی اگر یک غاصبی آمد مال موقوفه را غصب کرد، ضامن چه کسی است، ضامن موقوف علیهم است یا ضامن واقف؟ می گویند مسلم است که ضامن موقوف علیهم است و باید مثل و قیمت را به آنها بپردازد. این لازمه، لازمه ملک است. ملک هر کسی هست به او ضامن می شویم. اگر ملک واقف بود، ما باید ضامن او می شدیم، در حالی که ضامن او نیستیم بلکه ضامن موقوف علیهم هستیم.

این هم لازمه دومی که لازمه عدم الملك است.

پس «فقد استدلوا الاصحاب علی المرام (یعنی بر خروج مال از ملک واقف) بالوازم». این لوازم چه هستند؟ حرمت وطئ برای واقف لازمه عدم ملک او است. ضمان مال موقوفه متلفه برای موقوف علیهم معنایش این است که از ملک واقف خارج شده است و الا باید ضامن برای او می شدند.

دوستان این مقدمات را خوب دقت کنند، چون هر مقدمه ای یک اشکال و نقضی دارد که باید به آن پردازیم.

پس این استدلال آقایان است. مثلاً در باب وطئ آیه شریفه دارد که "والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم أو ما ملکت ایمانهم فإنهم غیر ملومین".^۱ والذین هم لفروجهم حافظون که مومنین را حافظ فروج می داند یعنی حرام است بر آنها که انتفاع برند مگر از ازواجشان یا ملک ایمانشان. و این عموم دارد، هر کس مالک باشد یجوز له استمتاع به ملک ایمانش. پس از عدم جواز وطئ برای واقف که طبق فرض مسلم است، کشف می کنیم که واقف، مالک نیست. و گرنه بر او جائز بود. آیه هم بر همین دلالت می کند.

در مورد ضمان هم همینطور است. چون اقتضاء ملک این است که مثل یا قیمت داخل در ملک کسی شود که در ملک او تلف شده است. اگر بنا باشد مال موقوفه در ملک واقف باقی باشد، پس تلف در ملک او واقع شده است لذا مثل و قیمت هم باید به ملک او درآید. در حالی که ما می دانیم ضمان نسبت به موقوف علیهم پیش می آید، یعنی غاصب ضامن برای موقوف علیهم می شود و باید خسارت را به آنها پردازد نه به واقف. پس این هم کشف می کند که از ملک واقف خارج شده است.

نیاز استدلال پنجم به اثبات دو مقدمه: قبول لازم، و قبول ملازمه

مرحوم شیخ می فرماید همانطور که پیدا است این استدلال دو مقدمه دارد: یک مقدمه اش این است که خصم مثل ابی الصلاح تسلیم کند بطلان تالی را، یعنی بگوید تالی واقع نیست. یعنی بپذیرد در وقف امه، واقف حق وطئ امه موقوفه را ندارد. و قبول کند که ضمان نسبت به موقوف علیهم است نه واقف. این می شود بطلان تالی. یعنی قبول کند عدم جواز وطئ را و عدم ضمان نسبت به واقف را. این یک مقدمه. پس خصم باید اینها را بپذیرد. اما اگر آقای ابی الصلاح بگوید اصلاً چه کسی گفته است که واقف نمی تواند وطئ کند امه موقوفه را؟ اگر همچنین حرفی بزند دیگر استدلال تمام نیست. یا اگر بگوید چه کسی گفته است که ضمان برای موقوف علیهم است؟ اگر مال موقوفه را غاصب آمد اتلاف کرد ضمان برای خود واقف است و باید مثل یا قیمت را پردازد به خود واقف. اگر ایشان اینها را بگوید یعنی تالی را باطل نداند، بنابراین استدلال ناتمام است. چون استدلال دو مقدمه داشت، یک مقدمه اش اگر رد شود دیگر استدلال تمام نیست.

^۱ مومنون آیه ۵/۶

مقدمه دوم تسلیم ملازمه است بالاطلاق. یعنی بگوئیم هر کجا ملک باشد لازمه اش حتما جواز وطی هست. چون ممکن است شخصی مثل ابی الصلاح که به حسب فرمایش قوم خروج از ملک را قبول ندارد، بگوید من قبول دارم که در وقف آقای واقف حق وطی امه موقوفه را ندارد، این را قبول دارم، ولی چه کسی گفته است که اگر ملک باشد حتما جائز است؟ نه، ملک باشد ولی این جواز هم نباشد. یعنی ملازمه را نپذیرد.

پس یک مقدمه این است که بطلان تالی را قبول داشته باشد که عدم جواز وطی امه و ضمان موقوف علیهم است. مقدمه دوم این است که ملازمه را هم قبول داشته باشد. بگوید اگر ملک باشد حتما جواز وطی هست، اگر ملک باشد حتما ضمان برای او است نه برای موقوف علیهم. این را باید قبول داشته باشد. این هم بحث است.

پس ما باید ببینیم خصم مقدمات را قبول دارد یا نه.

مرحوم شیخ می فرماید: اما مقدمه اول؛ فله منعها، آقای ابی الصلاح می تواند منع کند مقدمه اول را و بگوید تالی باطل نیست. بگوید که چه کسی گفته است که ضمان برای واقف رخ نمی دهد.

قبول مقدمه اول از منظر مرحوم شیخ

البته مرحوم شیخ می گوید این دو تا لازمه بطلانش مسلم است، واضح است که ضمان برای واقف نیست، واضح است که وطی امه جائز نیست برای واقف. متتهی شیخ می فرماید شاید یک لازمه دیگری داشته باشد که تصحیح کند بقاء ملک را. حالا این فرمایش ایشان را انشاءالله جلسه بحث پی می گیریم.

پس بحث ما هم در مقدمه اولی است و هم در مقدمه ثانیه. انشاءالله تا فردا.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۳۰۸
- خلاصه مباحث گذشته ۳۰۸
- بررسی مقدمه اول دلیل پنجم ۳۰۹
- عدم ملازمه انتفاء بعض آثار با سلب ملکیت ۳۱۰
- بررسی مقدمه دوم دلیل پنجم ۳۱۱
- استفاده اطلاق از مای موصول ۳۱۲
- استفاده عموم از ضمیر جمع (فإنهم) ۳۱۲
- امکان توجیه عدم ترتب حکم جواز وطی با استثناء از حکم مالک ۳۱۲
- عدم نقص به عمومیت مستفاده از مای موصول ۳۱۳
- ضمان تابع مالیت است نه ملکیت صرف ۳۱۵
- فرض ضمان برای ملکیت ۳۱۶
- عدم تعمیم ضمان در همه فروض وقف ۳۱۷
- تخصیص حکم ضمان برای مالک در وقف ۳۱۷
- استدلال به روایات جواز بیع موقوف علیهم ۳۱۸

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در ادله خروج مال موقوفه از ملک واقف بود.

بعد از طی برخی از ادله رسیدیم به استدلالی که از کلمات اصحاب اصطیاد می شود و آن استخراج زوال ملک است از طریق عدم ترتب احکام ملک. اصل استدلال به صورت پراکنده در کلمات اصحاب آمده ولی مرحوم شیخ این استدلال را به صورت روشنتر و واضحتر به حکایت از اصحاب آورده است. در جلسه گذشته اصل استدلال را توضیح دادیم.

مقصودشان این است که از عدم ترتب یا سلب احکام ملک برای واقف کشف کنیم که ملک او نیست. مثلاً از عدم جواز وطئ اُمّه موقوفه برای واقف به این برسیم که اُمّه، ملک واقف نیست یا از عدم ضمان تالف عین موقوفه نسبت به واقف به عدم ملکیت واقف پی بریم چون اگر وطئ اُمّه برای واقف جائز نباشد و همچنین ضمان مثل و قیمت برای واقف ثابت نشود بلکه غاصب ضامن موقوف علیهم باشد، کشف می شود که واقف مالک نیست.

در ذهن دارم که مرحوم شهید اول در دروس از تعبیر کشف معلول از علت استفاده می کند، یعنی از عدم ترتب حکم فهمیده شود که ملک وجود ندارد.

مرحوم شیخ می فرماید این استدلال دو مقدمه دارد و زمانی تام است که هر دو مقدمه استدلال پذیرفته شود: یکی اینکه مخالف زوال ملک مانند ابی الصلاح بطلان تالی را بپذیرد یعنی قبول کند که این احکام مترتب نیستند. و دوم اینکه ملازمه را قبول داشته باشد یعنی معتقد باشد به اینکه هر زمان این احکام نبودند ملک هم نیست. اما اگر هر یک از این دو مقدمه را نپذیرد استدلال تمام نیست.

بررسی مقدمه اول دلیل پنجم

نسبت به مقدمه اول که پذیرش عدم ترتب این احکام بود مرحوم شیخ می فرماید: «للخصم منع بعض ذلک»، یعنی می تواند مقدمه اول یعنی انتفاء همه احکام ملک را نپذیرد چون بعضی از احکام ملک وجود دارد. مرحوم شیخ نیز میفرماید «و هو کذلک» علی الظاهر هم باید همینطور باشد که مخالف عدم ترتب همه احکام را نپذیرفته است چون اگر بنا باشد کسی مثل ابی الصلاح بپذیرد که همه آثار ملک منتفی می شود دیگر حکم به بقاء ملک فقط یک ثمره علمی خواهد داشت، دیگر هیچ ثمره عملی ندارد. وقتی هم که یک بحث ثمره عملی ندارد مسلم است که ما نمی توانیم آن را به عنوان یک بحث جدی بپذیریم. اگر ابی الصلاح اصرار می کند که ملک بوسیله وقف از ملک واقف خارج نمی شود، قصد دارد برخی از احکام را بر آن بار کند، و الا اگر تمام احکام ملک، مسلوب است دیگر پیگیری این بحث چه ثمره ای ندارد و لغو است. لذا مرحوم شیخ میفرماید و هو کذلک.

گرچه مرحوم شیخ اذعان می کند که بطلان آن دو حکم از مسلمات است ولی بطلان تمام آثار محرز نیست. درست است که جواز وطئ اُمّه موقوفه و ضمان برای واقف، قطعاً مترتب نیست ولی اینکه بعضی از آثار دیگر ملک هم منتفی باشد روشن نیست و خصم میتواند آن را منع کند. به عبارت ایشان: «و اما المقدمة الاولى فله (أی للخصم) منعها فی بعض لوازم

الملک، و إن کان بطلان اللّازمین المذكورین اتفاقیا (بطلان این دو تا اتفاقی است، یعنی مسلم است که وطی امه موقوفه برای واقف جائز نیست و مسلم است که غاصب ضامن واقف نیست، ضامن موقوف علیهم است، اما بعضی از لوازم ملک را ممکن است خصم مترتب بداند)، ولعل الامر کذلک (باید همنطور هم باشد که عدم ترتب همه لوازم ملک را منع کرده است)، و الا لکان النزاع لغوا (اگر این را نگوئیم اصل نزاع بین طرفین که خروج از ملک هست یا نه لغو می شود، چه اثری دارد؟ وقتی شما تمام آثار ملک را از مالک که واقف باشد مسلوب می کنید خب ملکش را نیز منتفی بدانید، چون دیگر ملک بدون اثر چه فائده ای دارد)، إذ بعد تسالمهم علی انتفاء جمیع لوازم الملک رجع البحث الی مجرد العلم الخالی عن الثمرة العملية، فلا بد لمن یدعی بقاء ملک الواقف بالتزام بعض آثار جدا حتی کون البحث مجدیا.^۱

نسبت به مساله لغویت بحث از حکم به بقاء ملکیت در فرض سلب تمام آثار اکه البته مرحوم شیخ نفرموده لغو است بلکه فقط فرموده «رجع البحث الی مجرد العلم الخالی عن الثمرة العملية» اما آیا معقول است در فرضی که ثمره عملی و آثاری ندارد اعتبار ملکیت شود؟ مرحوم شیخ تصریح نمی کند که آیا لازمه انتفاء تمام آثار ملک این است که ملک هم نباشد. اما ما انشاءالله ذیل فرمایش مرحوم سید در بحث مسأله ۶۷ که بحث از خروج مال موقوفه از ملک واقف است یا ذیل برخی از مسائل مرتبط به آن، به این پرسش خواهیم پرداخت. مرحوم سید هم به این پرسش می پردازد و در انتها به همین نتیجه می رسد که اصل این بحث لغو است چون اثری بر آن مترتب نیست. این نتیجه شبیه فرمایش مرحوم شیخ در اینجا است با این تفاوت که مرحوم سید تصریح می فرماید که در جایی که جمیع منافع سلب می شود دیگر اصلا عقلاء اعتبار ملکیت هم نمی کنند، اما مرحوم شیخ این را در اینجا نفرموده است.

عدم ملازمه انتفاء بعض آثار با سلب ملکیت

ما درباره اصل محتوای مقدمه اول به عنوان یک مقدمه استدلال بحث داریم. فله منعها که شیخ می فرماید چه اثری در بحث دارد؟ این استدلال دو مقدمه لازم دارد، یکی اینکه بگوئیم بعضی از آثار ملک منتفی است و این بعض آثار با وجود ملک نمی توانند {منتفی} باشند، ما اصلا کاری به آثار دیگر نداریم لازم نیست ما بگوئیم همه آثار ملک منتفی است، بعضی

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۸.

از آثار ملک منتفی باشد این انتفاء بعض آثار باضمیمه مقدمه دوم اثبات میکند سلب ملکیت را. ما می گوئیم این انتفائها با ملک سازگار نیست. یعنی نمی شود چیزی مثلاً همین امه، ملک واقف باشد ولی در عین حال وطی او جائز نباشد. دوستان دقت کنند استدلال این بود که برخی از این آثار منتفی است و انتفاء اینها با کمک مقدمه دوم ملازم با سلب ملک است. ادعا این بود که ما از شرع فهمیدیم اگر کسی مالک امه باشد جواز وطی برایش ثابت است. اگر او مالک باشد ضمان برای او ثابت است. حالا که این جواز وطی و ضمان نیست پس ملکیت نیست. مدعا این بود پس اینکه گفته شود فله منع بعض اللوازم، بر فرض که همه آثار منتفی نباشد و برخی لوازم ملک نیز مترتب باشد چه ضرری به این مدعا می رساند؟

مگر اینکه به صورت دیگری اشکال کنید و بفرمائید صرف عدم ترتب بعضی از این احکام کشف نمی کند که ملک نیست. که آن در واقع مقدمه دوم ما را باید تشکیل دهد. پس یک حرف این است که این دو اثر منتفی هستند یا نه، می گوئیم اینها منتفی هستند. دوم اینکه انتفاء این دو با انتفاء ملک ملازمه دارد یا نه که این ملازمه مقدمه دوم ما است، اگر اشکال دارید باید در آن مقدمه اشکال کنید.

پس عرض ما این است که این بیان مرحوم شیخ که می گویند اما المقدمة الاولى فله منعها، یعنی خصم می تواند در بعض لوازم ملک انتفاء را نپذیرد، مانع استدلال نمی شود چون ایشان سلب این دو اثر را می پذیرند: «و إن كان بطلان اللوازم المذكورين اتفاقاً». و اگر کسی بگوید اگر این دو اثر منتفی بود حتماً ملک هم منتفی است، استدلال تمام است. پس ایشان باید در مقدمه دوم اشکال کند بگوید با انتفاء این دو اثر ملک منتفی نمی شود. نه اینکه اینجا در مقدمه اول منع کند.

بررسی مقدمه دوم دلیل پنجم

اما مقدمه دوم، که آیا بین ثبوت ملکیت و بین وجود این آثار ملازمه هست به نحوی که اگر در جایی این آثار منتفی شد ملک هم نباشد، یا چنین ملازمه ای وجود ندارد؟

مرحوم شیخ به درستی می فرمایند به لحاظ روشی باید بررسی کنیم آیا ادله احکام مترتب بر ملک مثل جواز وطی و ضمان، عموم و اطلاقی دارند که احکام را برای همیشه برای ملک ثابت کنند یا چنین عموم و اطلاقی ندارند.

استفاده اطلاق از مای موصول

مرحوم شیخ نسبت به حکم اول یعنی جواز وطئ امه موقوفه می فرماید این عموم فهمیده می شود من جهة عموم الموصول. چون آیه شریفه می فرماید "والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم أو ما ملکت ایمانهم فإنهم غیر ملومین"، می گوید کلمه «ما» در ما ملکت ایمانهم عمومیت دارد، یعنی هر آنچه را که مالک باشند وطیش مطلقاً جائز است و از منعی که در آیه قبل بود به صورت مطلق خارج شده است.

البته این عموم یا اطلاق مسلماً در مواردی تخصیص خورده است مثلاً اگر این امه، زوجه فرد دیگری باشد یعنی خود مالک به این امه اجازه داده باشد که با دیگری ازدواج کند، و با این اجازه ازدواج با دیگری منعی ندارد و اگر ازدواج کرد دیگر بر مالک حلال نیست.

یا خواهر این امه، زوجه این شخص باشد، دیگر نمی تواند بین همسرش و این امه جمع کند. و یا موارد دیگر که مرحوم شیخ حدود ده مورد را از روایات استفاده می کند که از جواز وطئ استثناء شده است.

پس در غیر این موارد استثناء جواز وطئ امه اطلاق دارد برای هر ملک یمینی پس هر مالکی یجوز له وطئ امه مملوکش ولو اینکه مال موقوفه باشد. حال که اطلاق ثابت شد اگر در موردی غیر از موارد استثناء جواز وطئ نباشد میفهمیم که ملک نیست. چون اگر ملک بود جواز داشت، ولی مسلماً جائز نیست پس ملک نیست.

استفاده عموم از ضمیر جمع (فإنهم)

در ادامه ایشان می فرماید: اگر کسی در عموم یا اطلاق این مای موصول اشکال کند، به خاطر اینکه در حیز استثناء از منعی واقع شده است که از والذین هم لفروجهم حافظون فهمیده می شود، ما برای اثبات عموم به عموم ضمیر در «فإنهم غیر ملومین» تمسک می کنیم است. «لأن ضمیر الجمع کالعام یقتضی استیعاب الحکم للأحاد». فإنهم غیر ملومین یعنی همه این افراد مالک یمین غیر ملومین هستند. پس به عموم این ضمیر تمسک می کنیم که مانند جمع است و برای همه عموم دارد «فکل من لا یحفظ فرجه عن ما ملکت یمینه فهو غیر ملوم».

امکان توجیه عدم ترتب حکم جواز وطئ با استثناء از حکم مالک

اینجا چند بحث وجود دارد قبل از اینکه به فرمایش مرحوم شیخ پردازیم باید ببینیم اصل استدلال اصحاب چه صورتی پیدا کرد؟!

بنا بود برای تقریب استدلال اصحاب، ملازمه بین ملک و حکم آن ثابت کنند و بگویند اگر ملک امه باشد وطی آن هم باید جائز باشد. چون جواز وطی نیست پس ملک هم نیست.

ولی روشن نشد که با اثبات موارد متعدد استثناء، چطور استدلال بر سر جای خود باقی است؟! اگر در واقف جواز وطی نیست چرا مانند همان ده موردی که استثناء دانستید این را نیز استثناء نگیریم؟

همانطور که در مورد امه ای که به اذن مالک ازدواج کرده، چون زوجه فرد دیگری است دیگر وطی او برای مالک جائز نیست لذا با وجود ملکیت، قائل به استثناء از حکم جواز وطی شدید در مورد واقف امه نیز بفرمائید که از این حکم استثناء شده است {و مثلاً چون منافع این امه موقوفه در انحصار موقوف علیهم است واقف حق وطی آن را ندارد}. پس همانطور که در آنجا با اینکه ملک هست از حکم استثناء کردید در بحث ما هم ملک را بپذیرید و از حکم استثناء کنید. شما فرمودید ما از روایات استفاده می کنیم که عشرة مواضع از حکم خارج شده است. حال این هم موضع یازدهم باشد. چون خودتان می گوئید مسلم است که واقف نمی تواند امه موقوفه را وطی کند. منتهی شما از این قطعیت می خواهید کشف کنید که ملک نیست. می گوئیم چرا ملک نباشد، ملک باشد ولی از حکمش استثناء کنید.

پس اصل استدلالی که اصحاب کرده اند روشن نیست. اقلش این است که هر دو محتمل است. محتمل است که ما بتوانیم حکم را استثناء بنیم، بگوئیم ملک هست ولی جائز نیست مثل آن ده موردی که استثناء شده است. و محتمل است بگوئیم از باب عدم ملک است. هر دو ممکن است. پس اصل استدلال تمام نیست.

عدم نقص به عمومیت استفاده از مای موصول

این {پذیرش اشکال توسط مرحوم شیخ و تعویض عموم مای موصول با عموم ضمیر} نیز عجیب است.

نفهدیم چرا عموم با وقوع در حیز استثناء از عمومیت بیفتد و صلاحیت دعوای اهمال پیدا کند. چرا عموم «ما ملک» در حیز «الا» قرار گیرد مراد از آن «بعض ما ملک ایمانهم» می شود؟! چرا چنین چیزی بگوئیم؟! عموم عبارت که خیلی روشن است. «الا علی ازواجهم او ما ملک ایمانهم» یعنی همه آنهایی که «ملکت ایمانهم» چرا بگوئیم چون در حیز استثناء هست اهمال پیدا می کند. انصافاً چنین قاعده کلی نداریم که هر آنچه که در حیز استثناء واقع شد از آن اهمال فهمیده می شود و در قوه جزئیه است.

شاید مقصود ایشان نیز این نیست، چون اول به عموم تمسک کردند و فرمودند: «ولو اغضی عن ذلک بملاحظة وقوعها» یعنی اگر چشم بپوشیم از این عموم بخاطر این ادعا که یعنی این ادعا درست نیست و عموم تمام است.

حال اگر عموم تمام نبود بلکه در قوه جزئی بود، یعنی «أو ما ملکیت ایمانهم» یعنی بعض ما ملکیت ایمانهم جائز است و بعضش جائز نیست، که علی القاعده در مورد ازواج هم باید همین را بگویند، حالا اگر آمدیم و این را گفتیم آیا عموم با این فرمایش مرحوم شیخ درست می شود که از عموم ضمیر (هم) در «فإنهم غیر ملومین» استفاده کنیم؟

یعنی این «هم» در اینجا مثل جمع است و کاشف از عموم است؟ اینجا دیگر استیعاب حکم برای همه آحاد است؟ «فکل من لا یحفظ فرجه عما ملکیت یمینه فهو غیر ملوم»؟

به ایشان عرض می کنیم این را از کجا آوردید؟ ضمیر تابع مرجع خود است، «فإنهم غیر ملومین» یعنی همان قبلی هایی که گفتیم هر چه گفتیم آنها غیر ملوم هستند. قبلی ها چه کسانی بودند: «و الذین هم لفروجهم حافظون» اینکه مطلق است، «الا علی ازواجهم أو ما ملکیت ایمانهم» که فرمودید این به خاطر وقوع در حیز استثناء صالح برای افعال است، که معنایش این شد که «عن بعض ازواجهم و عن بعض ایمانهم» اینها غیر ملوم هستند، معلوم می شود که بعضی از ازواج و بعضی از ایمان اگر با آنها نزدیکی کنند به فرمایش شما اشکال دارد. پس این «هم» چطور جمع است {و عموم دارد}؟ عرض ما این است که «هم» یک ضمیر است، برگشتش به مرجع ضمیر است، اگر شما در مرجع ضمیر به خاطر در حیز استثناء واقع شدن قائل به افعال شدید ضمیرتان هم همین است. فرقی را نفهمیدیم که از کجا آوردید عموم را در ضمیر پذیرفتید. ما واقعا این فرمایش شما را درک نمی کنیم. شما ضمیری دارید که طبیعتا به یک مرجعی ارجاع می کند، آن مرجع ضمیر عبارت است از همان چیزهایی که در آیه قبل مذکور بودند که استثنائشان علی وجه الاهیال است، کجای آن همچنین عمومی هست که اینها اگر مالک باشند حتما وطئ برای آنها جائز است؟ کجا همچنین چیزی استفاده می شود؟

نتیجه اینکه به نظر می رسد حکم اول یعنی جواز وطئ امه در مقدمه ثانیه از حیث عموم و اطلاق درست است آنهم با همان بیان اول که مای موصول عمومیت دارد. اما اگر این را نپذیرید با «فإنهم غیر ملومین» نمی توانید عموم را تصحیح کنید.

اما نکته ای که اصل استدلال را به هم می زند این است که چرا این حکم، استثناء نباشد از احکام ملک؟ همانطور که برای احکام مترتب بر ملک ده استثناء بیان کردید یکی هم حکم امه موقوفه باشد. چون خروج امه موقوفه از حکم جواز

وطی را مسلم گرفتید می فرمائید چون ملازمه بین ملک و جواز و طی مسلم است پس ملک نیست. ما می گوئیم این ملازمه را از کجا آوردید؟ تخصیص بزنید این ملازمه را. مثل اینکه در ده جا تخصیص زدید این هم یازدهمی باشد چه مانعی دارد. پس حکم اول در مقدمه ثانیه درست نیست.

ضمان تابع مالیت است نه ملکیت صرف

در حکم دوم مرحوم شیخ یک بحث دقیقی مطرح میکند. بحث این بود که این را به عنوان یک امر مسلمی در باب گرفته اند که ضمان تالف از ناحیه غاصب ضمان برای موقوف علیه است نه برای واقف. بعد می گویند چون مسلم است که اگر مالک باشد ضمان باید برای مالک ثابت باشد، پس کشف می کنیم که ملک نیست و ملک زائل شده است.

مرحوم شیخ می فرماید این عموم و اطلاق ثابت نیست که اگر ملک بود حتما ضمان باید برای او ثابت باشد. پس این ملازمه روشن نیست در این مثال حالا چرا این عموم ثابت نیست؟ می فرمایند مسأله ضمان به مثل و قیمت تابع مالیت است یعنی در عوض مالیت است، نه در عوض جرم آن شیء. وقتی غاصب با قصد خودش اتلاف می کند آن ملک را، ضمان او از جهت این است که مالیتش را از بین برده است، والا مردم کار به جهت جرم او ندارند. لذا اگر مالیت او محفوظ بماند گوئی خود شیء باقی مانده است. این یک مسأله در بحث ضمان.

بعد مرحوم شیخ می فرماید در بحث ما که وقف بر منقرضین هست، فرض این است که تمام منافع را با وقف داده به موقوف علیهم. پس مالیت از آقای واقف منتفی است، ولو اینکه مالک شیء باشد ولی مالیتی ندارد. پس وجهی ندارد که ضمان ثابت باشد بالنسبة الی الواقف. ضمان که جبران مالیت است باید برای کسی باشد که مالیت را از او از بین بردیم. مالیت مال موقوف علیهم بود. مثل باب اجاره. در اجاره هم شما باید شبیه همین را بگوئید، اگر منفعت را از بین برد اگر ضمانی هست باید برای صاحب منفعت باشد. مگر اینکه بگوئیم اجاره از این جهت باطل می شود که بحث دیگری است. بالاخره ضمان مثل و قیمت باید در عوض این مالیت باشد. مالیت که در وقف مال واقف نیست. چرا؟ چون آقای واقف تمام منافع را داده به موقوف علیهم. آنوقت چرا غاصب ضامن بشود برای واقف که هیچ مالیتی برای او باقی نمانده؟ باید ضامن بشود برای موقوف علیهم. حتی اینجا ایشان تعبیر می کند که فهو ملک له مسلوب المالیه بل هی ملک للموقوف علیه. حالا اینکه بگوئیم بل هی ملک للموقوف علیه، این نتیجه استدلال است و نباید اینجا بیاوریم. آن چیزی که مقدمه هست

ایشان این را می خواهد منع کند بگوید ما هیچ تلازمی بین ملکیت و بین ضمان برای مالک نداریم. مرحوم شیخ می خواهد این را اثبات کند. بگوید بنابر این مقدمه دوم (ایجاد ملازمه) در این مثال باطل است چون ملک همیشه با ضمان توأم نیست بلکه ضمان دائر مدار مالیت است و اینجا مالک مالیتی ندارد.

فرض ضمان برای ملکیت

پرسش دیگری که در اینجا از مرحوم شیخ داریم این است که آیا ضمان مطلقا و در همه موارد تابع مالیت است؟ فرمایش شما متین است که عقلاء مثل و قیمت را به لحاظ مالیت می بینند، ولیکن آیا علقه ملکیت هیچ دخلی ندارد؟ مثلا آیا شخص مجاز است که بدون اذن من شیئی که مال من است مانند اسکناس را بردارد و به جای آن اسکناسی دیگری که مال خودش هست را بگذارد؟ ما الان می دانیم که مالیت اسکناسها با هم فرقی ندارد (مگر اینکه یک اسکناسی قلبی باشد که از بحث خارج است)، اگر کسی بیاید یک اسکناسی را جای اسکناس من بگذارد، یک تراول پنجاه تومنی سالم را جای تراول پنجاه تومنی من بگذارد، آیا چنین حقی دارد؟ به نظر می رسد این طور نیست. ممکن است بگوئید این منع بدین خاطر است که از آثار ملک این است که بدون اذن مالک در آن تصرف نکنند. بله این درست است، ولی در باب ضمان چه؟ حق این کار را دارد؟ به نظر من این قابل توجه (نقد) است که ما بگوئیم ضمان کلا برای آن کسی است که مالیت برای او است. مثلا در باب اجاره اگر نگوئیم با تفویت منافع اجاره باطل است، آنوقت اگر فردی این منافع را تفویت نماید مانند اینکه خانه ای را که مورد اجاره است تخریب کرد؛ مثلا مالک خانه آن را برای صد سال اجاره داد لذا تا صد سال تمام منافع آن مال مستأجر است، این آقای ماجر فقط الان مالک این خانه است، حالا اگر کسی آمد خانه را خراب کرد و ما گفتیم اجاره باطل نیست، چون ممکن است بگوئیم اجاره باطل است از باب اینکه کشف می شود که از اول مالک این منافع نبوده است، حالا اگر این را نگفتیم آیا نتیجه اش این می شود که چون تمام مالیت مال مستأجر است تخریب کننده ضامن مستأجر می شود یا اینکه ضمان خود مالک است و مستأجر اگر اجاره اش درست باشد به مالک رجوع می کند؟

این یک نکته بود که ما در کبرای کلام ایشان بیان کردیم البته نکته ایشان نکته قابل توجهی است. واقعا عند العقلاء ضمان راز باب این جهت (مالیت) لحاظ میکنند ولی خیلی روشن نیست.

عدم تعمیم ضمان در همه فروض وقف

نکته دوم که بحث خیلی مهمی است این است که ظاهراً مرحوم شیخ فراموش کرده که بحث ما در وقف منقطع الآخر است. گرچه ایشان این بحث را بعد از بحث منقطع الآخر در احکام وقف آورده است، اما حرف ما این است که اطلاق بیان ایشان برای منقطع الآخر که بحث فعلی ما است درست نیست. برای اینکه در منقطع الآخر فرض این است که وقف فقط در یک برهه خاص است. بله اگر ما بگوئیم مال موقوفه حتی بعد از انقراض هم به واقف و ورثه واقف بر نمی گردد و بالمره خارج شده است این یک وجهی پیدا می کند و مثل وقف مؤبد می شود. اما اگر مثل مشهور در منقطع الآخر قائل شدیم بعد از انقراض موقوف علیهم به خود واقف یا ورثه او باز می گردد، پس کلاً از مالیت نسبت به مالکش خارج نشده است. مالک در برهه ای که وقف کرده است تا زمان انقراض موقوف علیهم منافع را به ایشان داده است اما بقیه منافع را نداده است. اگر این باشد پس چرا مالیت نداشته باشد برای مالک؟ این یک ادعایی است در منقطع الآخر.

البته عرض می کنم فرمایش مرحوم شیخ در احکام وقف است که بعد از همین مسأله منقطع الآخر بحث کرده اند. ولیکن بالاخره اگر اطلاق این فرمایش می خواهد همه جا جاری باشد در وقف منقطع الآخر معنا ندارد. آنجا سلب منافع بالمره که نشده است پس چرا مالیت نداشته باشد؟ چرا ضمان برای مالک که واقف است تصویر نداشته باشد؟ این اول کلام است.

تخصیص حکم ضمان برای مالک در وقف

کلام دیگر اینکه ما همان نکته را که در بحث عدم جواز وطی امه عرض کردیم که می توان آن را از باب تخصیص دلیل ترتب حکم دانست، بعید نیست در اینجا هم بتوان همان را قائل شد. ممکن است کسی بگوید اگر واقعا مسلم است که ضمان برای موقوف علیهم است، از باب تخصیص دلیل ترتب اثر ضمان برای مالک است به این موارد. تخصیص در ملازمه باشد. پس دیگر اصل این مقدمه باطل است و نیازی هم به این حرفها نباشد و ما کاری به این نداشته باشیم که مالیت کجاست. مگر نمی گوئید که ضمان برای موقوف علیهم مسلم است، خب تخصیص بزنید دلیل را، چه اشکالی دارد؟

پس هر چند مرحوم شیخ حرف درستی می زند ولی به جای اینکه متحمل این همه زحمت شویم و بگوئیم مالیت در ازاء آن جهات منافع و اینهاست، یک کلمه بگوئیم مگر شما نمی گوئید ضمان غاصب نسبت به موقوف علیه مقطوع است، خب همین مسلم بودن، دلیل تخصیص شود. یعنی در اینجا نیز دلیل ترتب ضمان علی الملک تخصیص خورده به این موارد.

ولذا علی الظاهر این مقدمه هم در مورد حکم ثانی مقدمه صحیحی نیست.

نتیجه این می شود که به نظر ما هم مقدمه اول ناتمام است و هم مقدمه دوم، ولذا از این طریق نمی توانیم خروج از ملک را کشف کنیم.

مگر اینکه ادعای ظهور و ملازمه عرفی کنید که ربطی به اینجور استدلال ندارد. مانند اینکه بگوئید از اینکه در شرع این احکام مترتب است عرفا بالالتزام منتقل می شویم به ملازمه و ظهور حجت است. این حرف واستدلال دیگری است. ولی از این راه که ما لوازم را نفی و سلب کنیم و کشف کنیم که پس ملک نیست، با این مقدمات درست نمی شود. این تمام الکلام در این جهت.

استدلال به روایات جواز بیع موقوف علیهم

یک دلیل کوچک دیگری مانده عرض کنم تا این مسأله تمام شود:

مرحوم شیخ می فرماید: ویدل علی المطلوب که خروج از ملک است مجموع روایاتی که در بحث بیع وقف برای موقوف علیهم داریم. می گوید ما در آنجا روایات مانعه ای داریم که به صورت مطلقا واقف و موقوف علیه را منع کرده از فروش عین موقوفه. اینکه به بحث ما مرتبط نیست. اما یک سری روایت داریم که دال بر جواز بیع وقف برای موقوف علیهم است. ایشان می فرماید از این روایات در هر حیطه و ظرفی که بیع وقف را تجویز می کند کشف می کنیم که مال موقوفه از ملک واقف خارج شده و در ملک موقوف علیه وارد شده است که موقوف علیه می تواند بفروشد؛ چون لا بیع الا فی ملک،

البته این دلیل هم بحث دارد و ما در اینجا نمی خواهیم آن را بحث کنیم. در اوائل بیع بحثی مطرح شده که محقق اصفهانی و دیگران این را می گویند و درست هم می گویند که همیشه بیع متوقف بر ملک نیست. ما هم این را قبول داریم مثلاً کسی که کلی در ذمه می فروشد، صد کیلو گندم را می فروشد، آن کسی که میخرد مالک می شود، اما من با بیع لازم نیست مالک باشم و بفروشم، فقط سلطه و تسلط بر فروش داشته باشم و حق فروش داشته باشم کافی است، لازم نیست من مالک باشم. که این بحث فوق العاده دقیقی است در ذمه که ما مالک اشیاء در ذمه مان نیستیم. گرچه ذمه ظرفی است که عقلاء اعتبار می کنند و اشیائی را هم در آن اعتبار می کنند بطوری که من می توانم آنها را به نحو کلی بفروشم، منتهی اینکه می توانم بفروشم متوقف بر مالکیت نیست. نیازی نیست مالکیت من اعتبار شود تا بتوانم بفروشم. لذا کبری درست نیست. اگر در اینجا می گوئید بخصوصه دلیلی داریم فيها، ولكن اینکه به نحو کلی بفرومائید لا بیع الا فی ملک، این قابل بحث است، مثالهای دیگر هم وجود دارد.

این تمام الکلام در ادله ای که می توان بر خروج مال از ملک واقف استدلال کرد. به نظر ما هم اجماع تمام است و هم برخی دیگر از ادله. حالا برخی دیگر هم ناتمام است مثل مثالهایی که الان دیدیم یا صدقه ای که مرحوم شیخ به آن تمسک کرد. ولی در مجموع برخی ادله تمام بود خصوصاً اجماع.

پس ما الان برگردیم به اصل مسأله. ما در ذیل مسأله ۱۶ داشتیم بحث می کردیم که یک عده ای مثل مرحوم سید و دیگران برای اینکه تکلیف مال موقوفه را بعد الانقراض مشخص بکنند از این راه آمده اند که گفتند این مال ملک واقف است، چون ملک واقف است بعد از اینکه منع وقف برطرف شد، چون وقف مانع است از ارث و هبه و غیره، این منع وقف که برطرف شد، عین موقوفه به ملک واقف باقی می ماند و به ارث می رسد. حرفشان این بود. ما مقدمه استدلالشان را باطل کردیم، گفتیم از ملک خارج می شود. حالا باید ببینیم تکلیف چه می شود.

بحث دشواری است دوستان باید فکر کنند که ما قبول نکردیم به ورثه موقوف علیهم برسد، گرچه نسبت به واقف بقاء این مال را در ملک واقف بعد الوقف قبول نکردیم، حالا باید تکلیف مال موقوفه بعد از انقراض را تعیین کنیم باید ببینیم راهی داریم یا نه که انشاء الله جلسه بعد بحث می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض ۳۲۰
- خلاصه مباحث گذشته ۳۲۰
- دلیل دوم بر بازگشت وقف با واقف ۳۲۱
- بیان اول دلیل دوم: وقف تملیک مالکی است ۳۲۲
- بیان دوم دلیل دوم: سبب خروج از ملک واقف تا زمان انقراض است ۳۲۲
- محل اشتراک دو بیان ۳۲۲
- اشکالات بیان اول ۳۲۳
- اشکال اول: حقیقت وقف انشاء تملیک نیست ۳۲۳
- اشکال دوم: عدم صحت تقطیع ملکیت ۳۲۳
- اشکالات بیان دوم ۳۲۴
- اشکال اول: اینجا هم تقطیع ملکیت است و درست نیست ۳۲۵
- اشکال دوم: این بیان دلیلی ندارد و مصادره است ۳۲۵
- نتیجه بحث التزام به قول سوم یعنی صرف این مال در امور خیر ۳۲۶
- دو نکته پایانی مسأله ۱۶ ۳۲۷
- نکته اول: اقامه دو دلیل برای رجوع مال به واقف یا ورثه اش ۳۲۷
- دلیل اول: عدم خروج ملک بالکلیه ۳۲۷
- بررسی دلیل اول ۳۲۷
- قیاس مقام به فسخ بالاقاله درست نیست ۳۲۸
- دلیل دوم: استدلال به عموم الوقوف ۳۲۹
- جواب از دلیل دوم: الوقوف مشرع نیست ۳۲۹
- شاهد بر عدم صحت تمسک به عموم الوقوف برای تشریع واقف ۳۳۰
- نقض به وقف بر نفس در وقف منقطع الاول ۳۳۰

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در ذیل مسأله ۱۶ تحریر بود که بنابر صحت وقف در وقف منقطع الآخر تکلیف مال موقوفه بعد از انقراض بطونی که وقف در مورد آنها صحیح است چه می شود.

یک قول این بود که این مال به ورثه موقوف علیهم باز می گردد. مرحوم شیخ مفید قائل به این قول است و و مرحوم ابن ادریس نیز از آن دفاع کرده است.

قول دوم این بود که عین موقوفه به واقف یا ورثه واقف برمی گردد. بحث ما در استدلالهای اقامه شد بر این قول بود.

استدلال اول: استدلال اول استدلال مرحوم سید و اتباع ایشان بود که می فرمودند چون وقف ایقاف است و در ماهیت وقف خروج از ملک نهفته نیست در وقف خروج از ملکیت رخ نمی دهد مگر در مواردی که یک جهت عارضی سبب عدم ملکیت واقف شود. مثلاً در وقف مؤبد به خاطر اینکه هیچ ثمره ای بر ملکیت واقف مترتب نیست و اعتبار ملکیت لغو است خروج ملک را می پذیریم ولی در وقف منقطع الآخر برای خروج ملک از واقف دلیلی نداریم. لذا مرحوم سید نتیجه می گیرند برای اینکه ورثه واقف عین موقوفه را از واقف ارث ببرند وقف مانع بود حالا که با انقراض موقوف علیهم این مانع برطرف شد این مال تبدیل می شود به ملک که هیچ مانعی از شمول ادله ارث بر آن وجود ندارد لذا ادله ارث آن را در بر می گیرد.

نسبت به این استدلال چند اشکال بیان کردیم که مهمترین اشکال این بود که خروج از ملک در بحث وقف اجماعی است و می شود گفت مسلم است لذا با این بیانات مرحوم صاحب عروه نمی شود از این نظریه خروج مال برگردیم و بگوئیم در ملک واقف باقی است.

دلیل دوم بر بازگشت وقف با واقف

مرحوم آخوند و صاحب عروه و عده ای دیگر می فرمایند: حتی اگر بپذیریم که با وقف عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود ولی بعد از انقراض این مال به ملک واقف یا ورثه او بازمی گردد. در تقریب این استدلال دو بیان وجود داشت:

بیان اول دلیل دوم: وقف تملیک مالکی است

بیان اول: وقف تملیک مالکی است یعنی در وقف، تملیک از ناحیه خود مالک رخ می دهد. و با تصحیح آن بوسیله ادله امضاء مانند اوفوا بالعقود، عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود و در ملک موقوف علیهم در می آید.

حال که تملیک در وقف از ناحیه مالک است ما در این تملیک، تابع میزان قصد و نحوه انشاء مالک هستیم. اگر مالک انشاء وقفش تا ابد باشد تملیک نیز ابدی است ولی اگر انشاء مالک تا زمان انقراض باشد یعنی مثلاً بگوید وقف می کنم برای اولادم فقط یا اولادم و اولاد اولادم، لازمه این انشاء این است که تملیکش نسبت به عین موقوفه برای موقوف علیهم تا زمان منقرض شدن موقوف علیهم باشد. چون حقیقت وقف را انشاء تملیک از ناحیه مالک دانستیم، پس تابع قصد مالک و میزانی است که او انشاء کرده است. لذا می شود ادعا کرد در وقف بر منقرض، در واقع مالک انشاء کرده است تملیک را به موقوف علیهم تا زمان انقراضشان، لذا بعد انقراض دیگر تملیک ادامه ندارد و اخراج از ملک نسبت به مابعد رخ نداده است.

بیان دوم دلیل دوم: سبب خروج از ملک واقف تا زمان انقراض است

بیان دوم این است که: نگوئیم حقیقت وقف، تملیک مالکی است، زیرا گذشت که دلیلی بر این مطلب نداریم، اما در عین حال بگوئیم که سبب خروج مال موقوفه از ملک واقف مطلق نیست و محدود است به تا زمان انقراض و فراتر از زمان انقراض به حالت اولیه خودش باقی است. حال تفاوتی ندارد که قائل شویم در این مدت به ملک موقوف علیهم وارد می شود یا نه. اصل خروج ولو وارد ملک موقوف علیهم نشود تا زمان انقراض است.

محل اشتراک دو بیان

جامع این دو بیان این است که در وقف منقطع الآخر علت خروج از ملک واقف فقط تا زمان انقراض تأثیرگذار است، پس نسبت به بعد از انقراض، عین موقوفه از اول از ملک واقف خارج نشده بود. حال یا از باب اینکه وقف، تملیک مالکی است و مالک خودش خروج از ملک را به صورت محدود انجام داده است و یا به خاطر اینکه سبب خروج ولو تملیک مالکی نیست و به حکم شارع است، تنها زمان انقراض سببیت دارد و بعد از زمان انقراض دیگر سببیتی برای خروج ندارد، بنابراین عین به ملک مالک خودش باقی است.

اشکالات بیان اول

در بیان اول که مبتنی بر تحلیل وقف به صورت تملیک مالکی است چند اشکال وجود دارد:

اشکال اول: حقیقت وقف انشاء تملیک نیست

اشکال اول: این است که وقف تملیک مالکی نیست. البته مبانی مختلف است، برخی قائلند حتی مرحوم شیخ در اوائل بحث وقف همین را قائل بوده اند از مباحثی که فقهاء در بحث صیغه وقف دارند استظهار کرده بودند که گوئی واقف تملیک می کند. منتهی در ادامه به حق از این مبنی عدول کردند. در اوائل مباحث سال گذشته عرض کردیم به نظر می آید وقف، حقیقتی مستقل و مجعولی استقلالی است و حقیقت وقف با یک عنوان مستقل واقع می شود. حال اینکه حکم مترتب بر آن نسبت به ملک چیست بحث دیگری است، حتی اشکال ندارد که حکمش خروج از ملک باشد ولی حقیقت آن انشاء تملیک نیست بلکه انشاء وقف است. وقف یک مجعول اصالی مانند زوجیت است و احکامی دارد که در کتب فقهی آمده است و از روایات مختلف یا بر اساس سیره عقلاء که امضاء شده استخراج شده است.

پس ما معتقدیم وقف مثل زوجیت و ملکیت یک مجعول استقلالی است. و این مبنا که حقیقت وقف انشاء تملیک من ناحیه الواقف است درست نیست تا بعد روی این مبنا تفریع کنید حالا که وقف انشاء تملیک است و حقیقتش تملیک مالکی است، باید ببینیم آقای مالک چه قدر تملیک کرده است. و چون در وقف منقطع الآخر تا زمان انقراض تملیک کرده پس ما بعدش در ملک واقف باقی است و اصلاً اخراج از ملک نکرده است!

نتیجه اشکال اول این شد که این مبنا یعنی تملیک بودن حقیقت وقف از اساس غلط است. البته طبیعتاً افرادی مانند صاحب عروه و دیگران هم که وقف را ایقاف می دانند علی القاعده در این اشکال با ما شریک هستند که وقف تملیک نیست.

اشکال دوم: عدم صحت تقطیع ملکیت

اشکال دوم عدم امکان تقیید ملک است. شما بالاخره می خواهید با این کار ملکیت را نسبت به اعیان تقیید و تقطیع کنید، ما به تبع مرحوم شیخ ره قبلاً مفصل بحث کردیم که تقیید و تضییق ملکیت اعیان صحیح نیست. حتی قائل شدیم این امر محال است، چون عقلاء چنین برنامه ای ندارند و بنائاتشان در باب ملکیت اینطور نیست، پس اینکه من بخواهم با انشاء تملیک، ملکیت را مقید کنم محال است. چون نفوذ انشاء تملیکی من برای اینکه به خروج از ملک به حمل شایع تبدیل

شود و برای موقوف علیهم در مدت خاص تملیک بیاورد باید به امضاء عقلاء برسد و در غیر این صورت اثری ندارد و مانند این است که صحبتی روی هوا کرده ام.

عبارات مرحوم شیخ در مقام مختلف بود، از عباراتی استفاده می شد که تقید ملکیت را فی حد ذاتها محال میدانند. مباحثی فلسفی را مطرح کردند که ملکیت عرض غیر قار است و عرض غیر قار را نمی توان به زمان تقیید کرد، بر خلاف اعراض قار. تحلیل بحثها به تفصیل گذشت و افرادی مانند مرحوم سید و مرحوم آخوند که به مرحوم شیخ اشکال دارند در واقع به این جهت مباحث فلسفی اشکال دارند و می گویند ملکیت مانند زوجیت امری اعتباری است که می توان آن را تقیید به زمان کرد.

ما به تفصیل در عبارات ایشان در مکتوبات دیگر و در بیانات مقررین دیگر ایشان و در مباحث کتاب القضاء تحقیق کردیم و شواهد متعدد آوردیم که مقصود ایشان نیز در واقع همان مطلبی است که ما عرض کردیم. عقلا می توانستند ثبوتا اعتبار ملکیت مقید به زمان داشته باشند ولی اثباتا چنین بنائی ندارند لذا تحقق انتقال ملکیت اعیان به صورت تقطیع شده به دیگران محال است چه از ناحیه منشئین و واقفین و چه از هر شخص دیگری.

بنابراین، این استدلال دوم اگر می خواهد روی مبنای انشاء تملیک من ناحیه الواقف باشد این دو اشکال را دارد.

اشکالات بیان دوم

اما اگر استدلال را منوط به تملیک مالکی ندانیم بلکه استدلال منوط به این باشد که عین موقوفه به اندازه ای از ملک واقف خارج می شود که سببش اقتضاء می کند. در این صورت تضییق و تقیید ملکیت تا زمان انقراض از اراده مالک فهمیده نمی شود بلکه به خاطر ضیق در سببی است که ملکیت موقوف علیهم را می فهماند مثل اینکه از اجماع کشف کنیم که به حسب تعبد شرعی خروج از ملکیت موقوف است. وقف یک سبب است، دلیل اعتبار و صحت این سبب در وقفهای منقطع الآخر تملیک بیش از زمان انقراض را نمی رساند. پس با فرض اینکه صحت وقف منقطع الآخر را اقوی دانستیم وقف تا اندازه ای که سبب است میتواند سبب خروج از ملک واقف باشد، بیش از این دلیلی ندارد و به ملک واقف باقی است.

اگر بیان این باشد، اشکالاتی وجود دارد:

اشکال اول: اینجا هم تقطیع ملکیت است و درست نیست

اولاً بر این بیان اشکال مبنائی مشترکی با بیان اول وجود دارد. هر تصویری در این بیان ارائه دهید بالاخره می خواهید ملکیت واقف را تقطیع کنید و به تا زمان انقراض تقیید بزنید. در صورتی که بیان شد که تقطیع ملکیت نسبت به اعیان معقول نیست. چون عقلاء چنین شیوه ای ندارند.

اشکال دوم: این بیان دلیلی ندارد و مصادره است

این ادعا که وقف فقط تا زمان انقراض سبب خروج از ملک است و برای زمان بعد از آن ملکیت عین به حالت اولیه اش باقی می ماند، چه دلیلی دارد؟ ما می دانیم وقف سبب خروج است، و در وقف منقطع الآخر قائل شدیم چنین وقفی درست است و تا زمان انقراض، وقف را تصحیح کردیم، اما اینکه بعد از انقراض موقوف علیهم تکلیف ملک چه می شود و به ملک واقف باقی می ماند را از کجا می گوئید؟ خروجش از ملک مالک اجماعی است، اما اینکه می فرمائید از اول ملکیت نسبت به ما بعد انقراض خارج نشده این را از کجا می فرمائید؟ می گوئید سبب خروج بیش از این را نمی گوید، خب این را از کجا می گوئید؟! این حکمی از احکام است، شما این حکم را به چه دلیل می گوئید؟ این نحوه استدلال مصادره به مطلوب است چون اصل دعوا همین بود. می فرمائید واقف یک ملک مستمری داشت، وقف منقطع الآخری رخ داد و این وقف صحیح است، بله صحیح است، اما می فرمائید این وقف فقط تا زمان انقراض را خارج کرده و بقیه اش تحت ملک مالک است این را از کجا می فرمائید؟ این وقف وقتی صحیح شد، دلیل تعبد می گوید خروج از ملک مالک شد، چه کسی می گوید دوباره برگشته است. شما می گوئید اصلاً تعبیر برگشتن مسامحه است از اول در ملک مالک باقی است، می گوئیم چه کسی این را می گوید که یک همچنین چیزی در باب اسباب میسور است؟! این سبب یعنی دلیل صحت وقف آمد وقف منقطع الآخر را تصحیح کرد، می گوئید نسبت به ما بعد انقراض، ملک واقف باقی است، خب از کجا می گوئید باقی است؟ حرف این است که صحت وقف به عنوان یک نهاد عقلائی یا یک تأسیس شرعی مستقل بیش از این نمی گوید که این وقف منقطع الآخر صحیح است، اما اینکه تکلیف ملک بعد چه می شود و اینکه از اول از ملک واقف خارج نشده است یا عود پیدا می کند، اینها دیگر از احکام است و اینها از این مسأله ای که شما می فرمائید در نمی آید. مقصود این است که به نحو طبیعی بدون یک تعبد خاص نمی توانید از این نکته استفاده کنید که وقف منقطع الآخر خاص است، ما بعدش از اول در ملک مالک بوده. این ادعا یکی از احکام است و تابع میزان دلیل است و دلیل شما چنین اقتضائی ندارد.

نتیجه بحث التزام به قول سوم یعنی صرف این مال در امور خیر

نتیجه بحث تا اینجا نتیجه عجیبی می شود. در این مسأله ما سه قول داشتیم، یکی اینکه عین موقوفه به ورثه موقوف علیهم برسد بنابر اینکه ملک موقوف علیهم شود، قول دوم اینکه بازگردد به واقف یا ورثه واقف، یک نظر هم فرمایش مرحوم ابن زهره بود که فرموده بود عین موقوفه به هیچ کس برنمیگردد و در دست حاکم است و در امور خیر مصرف می شود. ما الان تقریباً به همین قول سوم رسیدیم. چون استدلال مرحوم شیخ مفید نسبت به رجوع مال به ورثه موقوف علیهم را نتوانستیم بپذیریم همینطور استدلال مرحوم شیخ انصاری را به این خاطر که حتی اگر عین به ملک موقوف علیهم تا زمان انقراض در آید برای تحقق موضوع ادله ارث کافی نیست. ادله ارث چیز بیشتری می خواهد. ادله ارث شامل مواردی می شود که ملک خودش اقتضاء بقاء لما بعد الموت را دارد، موت مانع می شود در چنین مواردی ادله ارث می گوید فهو لوارثه. اما اگر خودش اقتضاء بقاء ندارد و فقط ملکیت تا زمان موت موقوف علیهم را ثابت کند در این صورت ادله ارث به چه صورت این عین را به ورثه واقف منتقل کند؟ نمی گوئیم محال است، بلکه دلیل ارث این مقدار تاب و توان ندارد.

بلکه عده ای قائلند ظهور اولی ادله ارث این است که خود میت در حین الموت مالک باشد تا بتواند صدق کند که ترکه لوارثه. منتهی بعد گفته شد که واضح است که عند الموت دیگر مالک نیست. آنوقت آمدیم تنزل کردیم گفتیم اقتضائش هم برای صدق این مسأله کافی است که ترکه لوارثه. منتهی اگر اقتضاء وجود ندارد چه چیزی را ترکه؟ چیزی که اصلاً خودش نمی خواست باقی بماند را ترکه؟! این معنا ندارد.

اما مرحوم شیخ انصاری این اشکال را نپذیرفت و قائل شد ادله ارث شامل اینجا هم می شود و اگر گفتیم مال موقوف علیهم هست به ورثه موقوف علیهم می رسد. که البته ما که این حرف را قبول نکردیم.

پس علاوه بر رد کلام قائلین به قول رجوع به ورثه موقوف علیهم آن بیان را که به واقف یا ورثه او برگردد را هم رد کردیم.

لذا با این تفصیل که نه واقف و ورثه اش و نه موقوف علیهم و ورثه اش مالک نیستند این مال می شود مالی که مالک ندارد. در این صورت واضح است که باید به حاکم برسد و او در وجوه خیر مصرف کند. این چیزی است که ابن زهره فرموده.

گرچه در ابتدا خیلی ها گفتند این حرف بی دلیل است، اما انصافاً بعد از اینکه همه این بحثها را زیر و رو کردیم دیدیم بهترین حرف همین است، چون دلیلی وجود ندارد که مال واقف یا ورثه اش باشد یا مال موقوف علیهم و ورثه اش

باشد. بنابراین نتیجه نهائی این است که مالی بعد از انقراض در اینجا هست که ملک هیچ کس نیست، خب این باید به حاکم برسد تا آن را در وجوه خیر مصرف کند.

این حرف نهائی در این بحث است.

دو نکته پایانی مسأله ۱۶

در پایان بحث مسأله ۱۶ دو نکته وجود دارد:

نکته اول: اقامه دو دلیل برای رجوع مال به واقف یا ورثه اش

نکته اول: بعضی از فقهای معاصر قول دوم یعنی رجوع مال موقوفه به ورثه واقف را به اکثر فقهاء نسبت می دهند که حق هم همین است و قول اکثر این است که به ورثه واقف می رسد. در ادامه ایشان دو دلیل برای این قول ارائه می کنند که به بررسی آن می پردازیم.

دلیل اول: عدم خروج ملک بالکلیه

دلیل اول ایشان این است که مفروض این است که «لم یخرج عن ملكه بالکلیه و إنما تناول اشخاصا فلا يتعدى الى غیرهم، فالعود الى الملك بانتهاء سبب النقل كالعود بسبب الفسخ بالاقالة والخيار الذين ليسا سبب ملك جدید للمال»^۱

بررسی دلیل اول

این همانی است که ما الان عرض کردیم. منتهی عبارت خیلی دقیق نیست. اینکه لم یخرج عن ملكه بالکلیه یعنی چه؟ ما اولاً گفتیم ملک قابل تقطیع نیست. پس اگر از ملک خارج شد بالمره خارج می شود دیگر قابل تقطیع نیست. ثانیاً: اینکه میگوئید تناول اشخاصا فلا يتعدى الى غیرهم، یعنی سبب همین قدر را خارج کرده است، سؤال این است که آیا اصلاً چنین سببی وجود دارد؟ درست است که در مرحله قبل می گوئید مفروض این است که این وقف صحیح است، بله ما قبول کردیم که وقف منقطع الآخر صحیح است، اما به این معنا صحیح است که تا زمان انقراض موقوف علیهم مصداق وقف است و نسبت به بعد وقفیتش باطل می شود. اما اینکه سببیت این وقف برای خروج عین از ملک واقف تا زمان

انقراض است و نسبت به ما بعد به سبب قبلی باقی است، از ادله وقف در نمی آید. از کجا می فرمائید که ملکیت واقف قابلیت تخصیص پذیری دارد. لذا اگر ما در باب ملکیت پذیرفتیم که ملک امر مستمر است و قابل تقطیع نیست کلاً این بحث بی مبنا می شود و صحیح نیست.

قیاس مقام به فسخ بالاقاله درست نیست

مقایسه کردن وقف منقطع الاخر با فسخ به اقاله و مانند آن نیز درست نیست؛ چون در آنجا فسخ، سبب تالی را از بین می برد. فرض کنید کسی به ارث مالک کتابی شده است بعد می آید کتاب را می فروشد به دیگری، بعد اقاله می کنند. درست است که اقاله سبب جدیدی برای تملیک نیست، اقاله این بیعی را که مانع از تأثیر سبب قبلی یعنی ارث است از بین می برد و با از بین رفتن مانع، سبب قبلی یعنی ارث تأثیر خود را می گذارد. پس با اقاله بیعی که بعد از ارث محقق شده بود کأن لم یکن می شود. اما در باب وقف، وقف کأن لم یکن نشده است، وقف صحیح است، و فرض این است که ما بالاجماع فهمیدیم که از ملک خارج شده است. سؤال این است که شما می گوئید سبب قبلی باقی است، به چه دلیلی سبب قبلی که مثلاً ارث است بعد از خروج عین موقوفه از ملک واقف هنوز می تواند نسبت به آینده و بعد الانقراض تأثیر داشته باشد؟

یکی از راه های روشن تصویر اشکال به این مطلب این است که اگر ما گفتیم ملک تقطیع پذیر نیست، اگر سبب مالکیت من ارث باشد و وقف مخرج شود چه کسی می گوید تنها به میزان زمان قبل از انقراض مخرج است. اصلاً اخراج مقطعی معنا ندارد. اگر مخرج شد للتالی مخرج است.

بنابراین اینکه می گوئید میزان تأثیر وقف تا زمان انقراض است صحیح است، اما پرسش این است که آیا سبب قبلی ملکیت واقف قبل از وقف می تواند ملک تقطیع شده درست کند؟ این اول کلام است. چه کسی می گوید می تواند ملک تقطیع شده درست کند؟ اصلاً ملک تقطیعی درست نیست.

حتی اگر این را هم نگوئیم که ملک تقطیع شده صحیح نیست و نگوئیم ملک قابل تقطیع نیست، اصل امکان وجود چنین سببیتی اول کلام است. اینکه میزان سببیت ارث برای ملک بتواند تخصیص بخورد به وقف تا زمان انقراض موقوف علیهم و پس از آن بتواند اثرگذار باشد روشن نیست.

پس قیاس با اقاله و با فسخ اشتباه است، چون اقاله می آید سبب تالی را از بین می برد و کأن لم یکن می کند لذا سبب اولی اثر می کند. اما اینجا شما سبب تالی را از بین نبردید، می گوئید سبب تالی کار خودش را بکند، وقتی این سبب تمام شد سبب اول مؤثر باشد. چه کسی می گوید سبب اول تأثیرگذاری اش این چنین است.

دلیل دوم: استدلال به عموم الوقوف

ایشان در دلیل دوم می فرمایند: «و ثانیاً: ما مرّ من الضابطة الكلية أن الوقف تكون علی حسب ما یقفها اهلها ان شاء الله تعالى و المفروض أنه منع من التصرف مادام الموقوف علیه موجودا فإذا انقرض یرتفع المنع.»^۱

استدلال این است که ما به عنوان ضابطه کلی پذیرفتیم که الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، در اینجا هم آقای واقف، عین موقوفه را به موقوف علیهم مادامی که موجودند تملیک کرده است یا وقف آنها کرده است یا گفته حق تصرف دارند، بعد از انقراض که دیگر منع تصرفی برای واقف نیست و آنها هم که حق تصرف ندارند چون منقرض می شوند و موضوعشان منقضی می شود از طرفی واقف برای خودش منع از تصرف نسبت به ما بعد انقراض جعل نکرد چون و المفروض أنه منع من التصرف مادام الموقوف علیه موجودا فإذا انقرض یرتفع المنع، لذا تصرف واقف برای بعد از انقراض منعی ندارد.

جواب از دلیل دوم: الوقوف مشرّع نیست

قبلا عرض کردیم که در اینجا اشکالی مبنائی داریم که الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها مشرّع نیست، نمی خواهد هر کاری که آقای واقف دلش بخواهد را امضا کند. لذا گفتیم بحث دشواری است، حتی اگر ذیل روایت یعنی همین الوقف علی حسب ما یقفها اهلها را بتوانیم مستقل از صدر روایت و نظارت به آن معنا کنیم، حتما راجع به تشریع وقف نیست، دست افراد نیست که بتوانند تشریع کنند. پس حسب ما یقفها اهلها یعنی وقفهایی که دارای اسباب صحیحی هستند، آقای واقف می تواند شروطی را اضافه کند. پس چه چیزی را می تواند اضافه کند؟ آن شروطی را که داخل در صحت شرعی عقد وقف نیست. یعنی شروطی که به سببیت شرعی باز می گردد را شامل نمی شود اعم از اینکه این شروط به امضاء وقف عقلائی توسط شارع باشد یا تأسیسی، اینها داخل در الوقوف بحسب ما یقفها اهلها ان شاء الله نیست. حسب برمی گردد به شروط مازاد از تسبیب شرعی، مانند شروطی که واقف در ناحیه متولی یا ناظر و امثال اینها قرار میدهد. و الا نسبت به ماهیت عقد وقف و شروط عقد وقف از ناحیه شارع یا آنچه که عقلاء گفته اند و شارع امضاء کرده، معنا ندارد بگوئیم بحسب ما

یقفها اهلها. و به نظر می رسد این امر روشن است که اگر کسی تأمل کند این عبارت اطلاق ندارد. و معنا هم ندارد که شارع در مقام تسبیب تشریع سبب را به دست واقف دهد و بگوید شما هر چه را خواستید انجام دهید.

شاهد بر عدم صحت تمسک به عموم الوقوف برای تشریع واقف

و شاهد این مطلب این است که اگر مثلاً واقف بگوید من وقف کردم و مقصودم از این وقف این است که وقف لازم نباشد، آیا این درست است؟ اینکه می فرمائید الوقوف بحسب ما یقفها اهلها می تواند تصحیح کند وقفی را که انشاء شود به نحوی که لازم نباشد. یا بگوید من بیعی می کنم که لازم نباشد. حالا در بیع ما نداریم البیوع حسب ما یراه البایع، در وقف داریم. آقای واقف بگوید من نظرم این است، آنوقت این نظر ممضه است؟ روشن است که نیست.

نقض به وقف بر نفس در وقف منقطع الاول

نقضی به نظر من رسید، رفتم فرمایش ایشان را در وقف منقطع الاول دنبال کردم. ما وقف منقطع الاول هم داریم آنجا معمولاً می گویند وقف باطل است. مثل اینکه آقای واقف وقتی وقف می کند فاصله ای قرار دهد و وقف را در اول کار بر چیزی معلق کند مانند اینکه در وسط ماه بگوید اول ماه که آمد این وقف برای علماء است. پس وقف برای علماء کرده است معلق بر آمدن اول ماه.

در وقف منقطع الاول چند راه برای اثبات بطلان آن وجود دارد. یکی بحث تعلیق است که یک بحث مستقلی است و انشاءالله مفصل بحث خواهیم کرد. پس یک اشکال چنین وقف منقطع الاولی تعلیق و عدم تنجیز است. برخی هم به روایات تمسک کرده اند. صاحب این دو دلیل در وقف منقطع الاول که یک قسمش وقف بر نفس است، مانند اینکه بگوید این مال را وقف کردم بر موقوف عیهم اما به این صورت که تا پنج سال خودم استفاده کنم و بعد از این مدت به آنها برسد. قائل به بطلان شده اند. ایشان ادله مختلفی را بررسی می کنند و می فرمایند: بحث تعلیق و امثال این ادله درست نیست و در روایت هم اشکال می کنند و می گویند ما تا اینجا دلیلی بر بطلان وقف بر نفس پیدا نکردیم و اجماع هم اگر باشد مدرکی است. می گوید:

«فالاولی أن یتدل بما فی ارتکاز العقلاء فإن الواقف یقطع صلتہ بالموقوف خدمة للموقوف علیهم و جعل الوقف کله لنفسه أو شیئا منه لنفسه لا ینسجم مع ما علیه ارتکاز العقلاء، غیر أن القدر المتیقن من الوقف علی النفس هو الوقف علیها تماما أو مع تشریک الغیر»^۱.

خب در وقف علی النفس که از وقف منقطع الاول هست، ایشان می گوید استدلال برگشت می کند به ارتکاز عقلاء که واقف ارتباط خودش را با وقف قطع می کند. این ارتکاز عقلانی است که واقف ارتباطش را با وقف قطع کرده است. چرا قطع کرده؟ خدمة للموقوف علیهم، این تعلیل قطع ارتباط است. بعد می گوید حالا اینکه بیاید تمام وقف را برای خودش قرار بدهد یا بعض وقف را برای خودش قرار بدهد این لا ینسجم مع ما علیه ارتکاز العقلاء.

که به ایشان می گوئیم بایک تاجر و بائی لم تاجر. حالا ببینیم این فرمایش ایشان درست است یا نه. انشاءالله جلسه بعد استدلال ایشان را بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین»

باسمه تعالی

| | |
|--|-----|
| مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... | ۳۳۲ |
| خلاصه مباحث گذشته..... | ۳۳۲ |
| وجود تهافت در مختار بعض المعاصرین در دو مسئله..... | ۳۳۳ |
| استدلال ایشان به ارتکاز عقلاء..... | ۳۳۴ |
| تهافت در تمسک به ارتکاز عقلاء و الوقوف در دو بحث..... | ۳۳۴ |
| عدم ورود اشکال تهافت به مرحوم صاحب عروه..... | ۳۳۵ |
| نکته انتهائی مسأله ۱۶: حبس حکمی قول چهارم در مسأله..... | ۳۳۶ |
| سابقه حبس حکمی در کلمات فقهاء..... | ۳۳۶ |
| مراد از حبس حکمی..... | ۳۳۷ |
| اشکال مرحوم شیخ..... | ۳۳۷ |
| عدم وجود دلیل بر حکم جازمانه به رجوع مال به حابس به صرف موت..... | ۳۴۰ |
| تفصیل بین اقسام حبس در بیان امام ره..... | ۳۴۰ |
| وقف منقطع الآخر مانند حبسهای زماندار است..... | ۳۴۰ |
| ذکر همین تفصیل در وسیله..... | ۳۴۱ |
| عدم لزوم حبس حکمی بنابر مبنای مختار..... | ۳۴۱ |
| مسئله ۱۷..... | ۳۴۲ |

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در دو نکته ای بود که قرار شد قبل از تمام شدن فرع شانزدهم تحریر متعرض آنها شویم. یکی استدلالی که برخی از علمای معاصر بر رجوع مال موقوفه بعد از انقراض موقوف علیهم به واقف یا ورثه واقف آورده اند؛ به این صورت که به ضابطه کلی الوقوف حسب ما یقفها اهلها تمسک کرده اند. زیرا مفروض این است که واقف خودش را مادامی که موقوف علیهم موجودند از تصرف در این عین منع کرد پس فإذا انقرض یرتفع المنع.

ما قبلاً {در بررسی روایت صفار} عرض کردیم که الوقوف حسب ما یقفها اهلها مشرع نیست به این صورت که به واقف اجازه دهد جانشین شارع شود و بتواند شروطی مانند شروط صحت وقف را تعیین کند. مثلاً اگر در لزوم قبول در وقف شک کردیم بگوئیم واقف می تواند وقف کند در حالی که قبول را در آن شرط نداند و الوقوف حسب ما یقفها اهلها آن را در بر می گیرد و این وقف را تصحیح می کند. همچنین است اگر در دخالت قبض شک کنیم و بخواهیم با اطلاق این دلیل صحت وقفی که واقف بدون اشتراط قبض انشاء کرده است را اثبات کنیم. واقعا واضح است که این بیان که الوقوف حسب ما یقفها اهلها در مقام این نیست که اجازه تشریع به واقف دهد، بلکه وقفهای تشریع شده به صورت صحیح را در اموری مانند بعضی شرائط مازاد بر صحت و امثال آن تصحیح می کند. مانند اینکه متولی چه کسی باشد یا ناظر چه کسی باشد. واقف می تواند چنین شرائطی را در وقفش بیاورد و این دلیل به این مقدار تصحیح می کند. که دیروز عرض کردیم.

وجود تهافت در مختار بعضی المعاصرین در دو مسئله

حالا می خواهیم بگوئیم این فرمایش ایشان با آنچه که خود ایشان در مسأله ۲۴ فرموده اند تهافت دارد. در مسأله ۲۴ که بطلان وقف علی النفس است می فرمایند اگر کسی عینی را بر خودش وقف کند وقف باطل است. حال اگر وقف کند بر خودش و دیگری به نحو ترتب، این مصداق وقف منقطع الاول می شود که نسبت به وقف بر خودش باطل است و الباقی صحیح است. همچنین اگر عکس شود که مصداق منقطع الآخر می شود یا اگر خودش وسط باشد و دو طرفش دیگران که مصداق منقطع الوسط می شود.

حالا دلیل بر بطلان چیست؟ در آن بحث به چند دلیل تمسک شده است:

یک دلیل بحث عقلی و منطقی است، که می خواهند بگویند اصلاً وقف بر نفس ممکن نیست. چون من خودم مالکم لذا بخواهم بر خودم وقف کنم، معنا ندارد. یک سری استدلالهای نقلی نیز وجود دارد بر اساس روایات که بحثش می آید. برخی نیز به اجماع تمسک کرده اند.

این عالم معاصر در آن بحث نه استدلالهای عقلی را پذیرفته اند و نه دلالت این روایات را و نه اجماع را تمام می دانند، چون آن را محتمل المدرک می دانند.

استدلال ایشان به ارتکاز عقلاء

ایشان در مقام دلیل بر این نظر فرموده اند: «فالاولی أن یستدل بما فی ارتکاز العقلاء، فإن الواقف یقطع صلته بالموقوف خدمة للموقوف علیهم و جعل الوقف كله لنفسه أو شیئا منه لنفسه لا ینسجم مع ما علیه ارتکاز العقلاء».^۱

ادعای ارتکاز عقلانی کرده اند که واقف با وقف ارتباط خودش را با مال موقوفه به نفع موقوف علیهم قطع می کند و با وجود این ارتکاز اینکه واقف بخواهد خودش را داخل در موقوف علیهم کند خلاف این ارتکاز است.

البته بررسی ادله دیگری که ایشان پذیرفتند به جای خود باقی است مانند اینکه آیا نفی آن دلیل عقلی درست است یا نه، همچنین نفی روایات یا ادعای محتمل المدرکی بودن اجماع.

تهافت در تمسک به ارتکاز عقلاء و الوقوف در دو بحث

تمسک به ارتکاز عقلاء نیز دارای اشکالاتی است.

مقصود از ارتکاز عقلاء چیست؟ آیا مقصود بناء عقلاء است؟ اگر مقصود بناء عقلاء باشد روشن است که بناء عقلاء فی حد ذاته حجت نیست. و باید ثابت شود که این بناء تا زمان شارع مستمر بوده و در مرآی و مسمع شارع بوده و در عین حال آن را ردع نکرده است تا از عدم ردعش امضاء بفهمیم. و اگر مراد از ارتکاز چیز دیگری است باید بحث شود تا روشن شود آیا دلیلی بر اعتبار حجیتش وجود دارد.

الان قصد نداریم این موارد را بحث کنیم چون ربطی به بحث ما ندارد. آنچه در مورد تمسک ایشان به ارتکاز مربوط به بحث ما می شود دو امر است: یکی اینکه چرا در اینجا (منقطع الاول) به الوقوف حسب ما یقفها اهلها تمسک نکردند؟ تطبیق این دلیل در این مورد که خیلی بهتر است. واقف برای خودش شرطی قرار داده، چرا این شرط را طبق الوقوف حسب ما یقفها اهلها قبول نکردید؟ مگر نمی فرمائید که وقف علی حسب ما یقفها اهلها است؟ مثلاً واقف به این صورت وقف کرده است که تا پنج سال اول منافع عین برای خودش و خانواده اش باشد و بعد برای دیگران باشد. چه اشکالی دارد؟ ثانیاً به نظر می آید چنین وقفی خیلی عقلانی هم باشد. عده ای می خواهند کل مالشان را وقف کنند، منتهی اگر همه را وقف کنند در زندگی به مشکل بر می خورند. لذا می خواهند هم وقف تنجیزی و بالفعل کنند نه وقف تعلیقی که بگویند پنج

سال دیگر که آمد وقف باشد تا با مشکل بطلان وقف تعلیقی مواجه شوند و هم می خواهند از این وقف استفاده کنند تا به مشکل معیشتی بر نخورند. به صورت وقف بر عناوین نیز نمی خواهند وقف کنند که برخی آن را باطل نمی دانند می خواهند به اسم خودشان وقف کنند. مثلاً واقف می گوید این مال را وقف می کنم برای علماء و در اول وقف تا ده سال یا تا زمان مرگم به میزان یک نفر خودم از منافع این عین موقوفه استفاده کنم. ایشان می فرمایند این وقف باطل است در صورتی که کجا ارتکاز عقلاء بر بطلان چنین وقفی هست؟

پس اولاً این حرف که می فرمائید ارتکاز عقلاء این است که باید ارتباط واقف با عین موقوفه بالمره قطع شود به نظر حرف صحیحی نیست. اگر ما رها کنند حتماً از اینجور وقفها می کنیم و خیلی عقلانی است.

ثانیاً اگر می فرمائید همچنین ارتکازی علیه این مسئله هست، سؤال این است که چرا به الوقوف در اینجا (منقطع الاول) تمسک نمی کنید (برای تصحیح این نوع وقف). شما در منقطع الآخر به الوقوف حسب ما یقفها اهلها استدلال می کنید چرا در منقطع الاول استدلال نمی کنید که خیلی هم معقول و طبیعی است؟

(برای بطلان منقطع الاول) ادعا می کنید ارتکازی عقلانی وجود دارد مبنی بر اینکه در وقف بین واقف و مال موقوفه قطع و گسستی پیدا می شود، و لذا اگر واقف خودش را در وقف داخل کند اشکال دارد. اگر چنین ارتکازی وجود دارد چرا در بحث ما که بحث منقطع الآخر است این ارتکاز را تطبیق نمی فرمائید؟ و چرا همینطور که اینجا می گوئید رابطه واقف با عین موقوفه قطع شده است آنجا نمی گوئید رابطه قطع شد تا عین موقوفه دیگر به مال واقف برنگردد.

لذا به نظر می رسد از دو جهت بین آنچه که اینجا فرموده اند و بین آنچه که در مسأله ۱۶ فرموده اند تهافت وجود دارد. یکی عدم استدلال به الوقوف در آن مسأله ۲۴، و یکی عدم استدلال به ارتکاز در این مسأله ۱۶. و وجه این تفرقه نیز برای ما روشن نیست.

عدم ورود اشکال تهافت به مرحوم صاحب عروه

چنین اشکالی به مرحوم سید وارد نیست. ایشان در مسأله ۲۴ در ادله (بطلان) اشکال می کند و می فرماید فقط اجماع ثابت است. در ادامه می فرماید ولی اگر اجماع نباشد، حق این است که الوقوف حسب ما یقفها اهلها و اوفوا بالعقود دلالت داشت بر اینکه اشکالی ندارد که انسان خودش را در وقف داخل کند. پس ایشان تمسک به الوقوف و اوفوا بالعقود را در فرض عدم تحقق اجماع بدون اشکال می داند لذا مرتکب تهافت نشده است. هم در این بحث منقطع الآخر این ادله را بیان کرده اند و هم در آن بحث منقطع الاول فی الجملة امکان تمسک را مطرح کرده است منتهی در آنجا فرموده اند اجماع

جلوی تمسک به آن را گرفته است ولی در اینجا از اجماع بحث نکرده اند. ما می گوئیم در این بحث خودمان هم اجماع بر خروج ملک جلوی شما را در تمسک به اطلاعات و عمومات می گیرد. علاوه بر اینکه سندی بر ورود و داخل شدن عین موقوفه پس از انقراض در مال ورثه واقف ندارید، که بحثش گذشت.

پس نتیجه اینکه این نحوه استدلال هم درست نیست.

نکته انتهائی مساله ۱۶: حبس حکمی قول چهارم در مساله

نکته دیگری که آخرین بحث ما در این مساله است، این است که: ما در زمانی که اقوال را در مساله طرح می کردیم سه قول مطرح شد: قول به بطلان، قول به صحت وقفا و قول به صحت حبسا. نسبت به بطلان بحث شد که بعضی گفته اند اصلا قائلی ندارد فقط یک احتمالی است. عبارت شیخ طوسی این است که قائلی هست، ولی همه می گویند ما که گشتیم کسی را پیدا نکردیم که قائل باشد. مرحوم شیخ انصاری از وجود قائل دفاع می کند زیرا مرحوم شیخ طوسی نسبت قول داده است پس قول بر بطلان بوده و وجهی ندارد بگوئیم فقط احتمال است. که این بحث مهمی نیست.

بحث مهم این است که عده ای خصوصا برخی از متأخرین در میانه بحثها اصطلاحی راه انداخته اند تحت عنوان حبس حکمی. لذا مرحوم شیخ در شروع بحث تعداد اقوال را چهار قول ذکر کرده است. می فرماید:

«الاول البطلان والحکم بلغویة العبارة (که اصلا بگوئیم هیچ است)، و الثانی الصحة وقفا و الثالث القول بکونه حبسا حقیقتا و الرابع القول بکونه حبسا حکما»^۱.

سابقه حبس حکمی در کلمات فقهاء

قبل از شیخ هم تعبیر حبس حکمی به کار رفته است. البته در کلمات متقدمین مانند شیخ طوسی، سید مرتضی، ابن ادریس و حتی محقق تعبیر حبس حکمی را ندیدیم، ولی قبل از مرحوم شیخ اعظم کسانی مانند صاحب جواهر و دیگران ظاهرا تعبیر حبس حکمی را دارند. اگر اشتباه نکنم یا کاشف الغطاء و یا فرزند ایشان شیخ حسن در انوار الفقهاء تعبیر حبس حکمی را به کار برده اند. حالا باید دوستان فحص کنند. پس حبس حکمی در کلمات قبل از شیخ انصاری هست.

مراد از حبس حکمی

مراد از حبس حکمی چیست؟ مراد این است که عقد حقیقتاً وقف باشد ولی به لحاظ این اثر که عین موقوفه بعد از انقراض به واقف یا ورثه واقف باز می گردد حبس باشد. چون این اثر، بر حبس مترتب می شود. اینکه به واقف برگردد گوئی اثر حبس است یعنی اثر این است که ملک باقی بوده است. از این جهت ما می گوئیم حبس حکمی. و الا حقیقتاً وقف است لذا خروج مال از ملک واقف هم رخ می دهد، منتهی بعد برمیگردد به واقف که علی القاعده نباید برمی گشت، از این جهت می گوئیم حبس حکمی. این هم یک قول.

مرحوم شیخ در اینجا بحث مفصلی می کند که چرا اصلاً حبس حکمی را مطرح کرده اند و چه مشکلی را حل می کند. می فرمایند با این نظر بعضی از اختلافات در لوازم اقوال منتفی می شود و لذا قائل به حبس حکمی شده اند، که حالا توضیحی نسبت به آن ارائه می کنیم. در ادامه ایشان اشکالی طرح می کند و بعد برای اشکال توجیهی ارائه می کند که ما نمی خواهیم وارد این بحث شویم. ولی اصل روشن شدن اصطلاح حبس حکمی و برخی از نکات آن در بحثها مفید است. چون ممکن است دوستان در کتب با این اصطلاح روبرو شوند لذا باید مقصود از این اصطلاح روشن باشد. مقصود از حبس حکمی همین است، یعنی وقفی که حکم حبس را دارد. از چه جهت؟ از این جهت که يرجع المال بعد الانقضاء الی الواقف او ورثه.

اشکال مرحوم شیخ

البته مرحوم شیخ در اینکه این ثمره بار باشد اشکالی می کند، در این جهت که عده ای از فقهاء گاهی حبسی را که در کلمات فقهاء دیگر هست بر حبس حکمی حمل کرده اند نه حبس حقیقی. می گویند اینکه مثلاً گفته اند «یصح حبساً» یا «یقع حبساً» مقصودشان حبس حکمی است، یعنی وقف واقع می شود، خروج از ملک رخ می دهد، دخول در ملک موقوف علیهم رخ می دهد، ولی بعد يرجع الی الواقف یا ورثه او.

مرحوم شیخ اینجا اشکالی مطرح می کند (که اگر دوستان می خواهند پی گیری کنند باید کار بیشتری انجام دهند)، اشکالشان این است که می گویند: این حمل درست نیست. یعنی حمل کردن کلمات کسانی که قائل به حبس شده اند بر حبس حکمی درست نیست. چون لازمه حبس حقیقی این است که مال عند موت الحابس برگردد. در حالی که در مسأله ما مال بعد از انقراض برمیگردد. یعنی اگر واقف در حالی که هنوز موقوف علیهم منقرض نشده اند از دنیا بروند، عین موقوفه به ملک واقف بر نمی گردد. و باید صبر نمود و به تعبیر قدماء از فقهاء مال موقوفه «یسترسل» و می ماند، یا به تعبیر محقق

در شرایع «یجری» تا زمان انقراض و بعد از انقراض به واقف برمیگردد. مرحوم شیخ می فرماید حبس که اینطور نیست. حبس به موت حابس برمی گردد.

پس اگر عده ای حبس حکمی را به این صورت که وقفی باشد در حکم حبس، نفی کنند و بگویند اصلاً حبس است چرا شما حبس حکمی می گوئید. ایشان می فرماید ما نمی توانیم در اینجا بپذیریم که حبس باشد. چون لازمه حبس واقعی این است که مال عند موت الحابس به واقف برگردد، در حالی که در وقف منع الآخر تا زمان انقراض موقوف علیهم در اختیار آنها باقی می ماند و با انقراض به واقف برمی گردد. پس ما مجبوریم حبس حکمی قائل بشویم.

بعد ایشان می فرماید: «و من هذه الجهة اشتملت اکثر الكتب على التهافت و التشویش». در ادامه ایشان برای شاهد این تهافت و تشویش عباراتی را از شهید ثانی و از علامه در قواعد و تذکره نقل می کند که به نظر ایشان با یکدیگر سازگار نیست.

«و هذا الشهيد الثاني ساق المسئلة و المسئلة السابقة التي حكمها الحبس الحقيقي مساقاً واحداً»^۱ می فرمایند: شهید ثانی بحث ما که بحث منقطع الآخر است را با مسأله قبلی که وقف الی مدة بود یک کاسه کرده و می گوید در هر دو به صورت حبس حقیقی صحیح اند نه وقف. این خیلی مهم است، چون مرحوم شیخ داشت دفاع می کرد که این باید وقفی باشد در حکم حبس، نه حبس واقعی. شهید فرموده این دو تا یک جور و یک کاسه هستند، هر دو وقفاً صحیح نیستند و هر دو حبس اند.

مرحوم شیخ می فرماید: مرحوم شهید در عین حال که این را فرموده، در بحث انقراض و اینکه مال بعد از انقراض چه می شود می گوید بعد الانقراض يرجع الی الواقف أو ورثة الواقف. ایشان مرحوم شهید را مؤاخذه می کنند که به چه حساب قائل شدید بعد از انقراض مال به واقف بر می گردد؟ شما اگر قائل هستید وقف درست نیست، پس طبیعتاً می خواهید بگوئید حبس حقیقی درست است نه حبس حکمی. و اگر حبس حقیقی درست است باید مال با موت الحابس به او باز گردد نه اینکه بعد الانقراض.

می فرمایند: «و هذا الشهيد الثاني ساق المسئلة و المسئلة السابقة التي حكمها الحبس الحقيقي مساقاً واحداً حيث حكم فيهما بعدم الصحة وقفاً مفرعاً لهما على شرط الدوام و بالصحة حبساً مع القول بتوقف الرجوع إلى الواقف أو وارثه على

انقراض الموقوف علیهم فی هذه المسألة، مع أنَّ مساواتهما فی الحبس الحقيقي يقتضي الحكم بالرجوع إلى الواقف بمجرد موته لا بانقراض الموقوف علیهم^۱. این اشکالی است که به شهید کرده است. بعد ایشان چنین اشکالی را به عبارت قواعد نیز وارد می داند می فرماید: « وقریبٌ منه فی التهافت عبارة القواعد حیث قال بالحبس مع توقّف الرجوع إلى الواقف علی الانقراض لا علی موت الواقف ». شیخ می فرماید همین اشکالی که به شهید کردیم به علامه در قواعد هم وارد است چون از یک طرف می گوید حبس است و از طرف دیگر می گوید بعد از انقراض برمیگردد. در حالی که باید بگوید به موت حابس برمی گردد نه بعد الانقراض.

در ادامه می فرمایند اکثر تهافتا از همه، عبارت علامه در تذکره است. « وأكثر تهافتاً من الجميع عبارة التذكرة فإن فیها تصریحاً بالصحة وقفاً وتصریحاً بعدم صيرورته ملكاً للموقوف علیه ». ایشان این را هم یک تهافت می داند که علامه از یک طرف در تذکره در همین بحث منقطع الآخر گفته یصح وقفاً، و در عین حال فرموده ملک موقوف علیهم نمی شود.

گوئی شیخ در اینجا هنوز از آن حرف قبلی که وقف را تملیک می دانستند برنگشته اند. ایشان تا همین اواخر بحث، قائل بودند که وقف تملیک است، و با تملیک هم خروج از ملک واقف صورت می پذیرد و هم دخول در ملک موقوف علیهم محقق می شود ولو در وقف بر موقوف علیهم خاص یا وقفهای عام غیر از مسجد و مانند این.

بر همین اساس ایشان به تذکره نسبت تهافت می دهد، زیرا مرحوم علامه از یک طرف قائل شدند که وقف بر منقطع الآخر وقف است، که لازمه اش خروج از ملک و ورود در ملک موقوف علیهم است؛ از طرف دیگر تصریح می کند به عدم صيرورته ملكاً للموقوف علیه، که این دو نظر با یکدیگر جمع نمی شود.

حالا اینها شاید الان خیلی به بحث ما ربطی نداشته باشد. ولی در هر صورت ایشان این تشویش را نیز در کلمات فقهاء دیده است.

نتیجه اینکه مرحوم شیخ در اصل بحث اشکالی به فقها می کند و ایشان را ملزم می کند که باید قائل به حبس حکمی شوند و نمی توانند در این مساله صرفاً به سه قول اکتفا کنند از این رو که اگر بخواهند وقف بر منقطع الآخر را وقف بدانند که آثار خودش را دارد و سازگار نیست با اینکه با انقراض مال به ملک واقف باز گردد. اگر هم بخواهید بگوئید حبس است، این هم سازگار نیست، چون به صرف موت حابس باید مال به او برگردد. پس شما باید بگوئید وقفی است که این اثر عود

به مالک را هم دارد. باید این را قائل شوید. و بعد هم به مثل شهید ثانی و علامه در قواعد و تذکره نسبت تشویش و تهافت داده اند.

عدم وجود دلیل بر حکم جازمانه به رجوع مال به حابس به صرف موت

بحثی که ما با مرحوم شیخ داریم این است به چه دلیل اینطور جازمانه می فرمایید که حکم حبس این است که به موت حابس مال به او باز می گردد. ما نفهمیدیم دلیل ایشان چیست. البته ممکن است برخی دلیل بیاورند ولی لا اقل این حکم اختلافی می شود.

تفصیل بین اقسام حبس در بیان امام ره

در تحریر در بحث حبس مرحوم امام تصریح می فرمایند که اگر در حبس زمان تعیین کرده باشند، مانند اینکه حابس منافع را به محبوس علیه تملیک کند برای مدت حیات او؛ در این صورت با موت حابس این مال به حابس باز نمی گردد. ملک که حتی در زمان حبس، ملک حابس است اما اختیار مال به صرف موت به حابس برنمیگردد و باید در اختیار محبوس علیه باشد تا منافع آن را تا زمان مرگش استیفاء کند ولو اینکه بعد از موت حابس باشد. پس اختیار استیفای منافع با موت حابس به او باز نمی گردد تا به ورثه او برسد.

و اگر حبس را مطلق گذاشته باشند. مانند اینکه حابس بگوید این خانه را برای تو حبس قرار دادم بدون اینکه زمانی را ذکر کند و پس از مدتی حابس از دنیا برود با موت حابس این خانه باز می گردد به ورثه حابس. بنابراین در حبس چنین حکم مطلقی نداریم که در همه فروض با موت حابس مال به ورثه او برگردد.

وقف منقطع الآخر مانند حبسهای زماندار است

بحث ما یعنی وقف بر منقطع الآخر شبیه شق اول از حبسها است. چون می داند که خلاصه دو بطن یک زمان محدودی باقی می ماند. مثل اینکه تنها برای اولاد و نوه هایش وقف کند و به صورت طبیعی می داند که اینها تا ابد زنده نیستند، پس در واقع وقفی است تا یک زمان خاص یعنی تا زمان انقراضشان. پس اگر کسی بگوید این وقف حبس است، لازمه اش این نیست که قبل از انقراض این دو نسل با موت واقف مال را از دست موقوف علیهم بگیریم به این ادعا که حابس اگر از دنیا رفت بالمره این عقد تمام می شود و به ورثه حابس داده می شود.

پس فتوی و نظر امام قدس الله نفسه الزکیه این است و حکم جازمانه ای که مرحوم شیخ به صورت مطلق دارند صحیح نیست.

البته برای اثبات این حکم به اوفوا بالعقود و مانند آن هم تمسک کرده اند و گفته اند این حبس یک نوع عقد است لذا اوفوا بالعقود شامل آن می شود. که این ادعا قابل بحث است و خواهد آمد.

ذکر همین تفصیل در وسیله

مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی نیز در وسیلة النجاة همین تفصیل را قائلند و در واقع مرحوم امام در تحریر متن وسیله را تغییر نداده اند صاحب عروه هم همین مطلب را قائلند. ایشان هم فرموده در حبس اگر زمان و مدت تعیین کرده باشند باید تا آن زمان و مدت در اختیار محبوس علیه باشد ولو اینکه حبس در این بین از دنیا برود. و پس از اتمام مدت مال باز می گردد به ورثه. و اگر حبس مطلق باشد با موت حابس تمام می شود.

حالا وجه این تفصیل قابل بحث است و اینکه که بحث اثباتی است یا بحث ثبوتی، که بحثش می آید.

پس عرض ما این شد که مرحوم شیخ از کجا این را فرموده اند که اگر حبس باشد به موت حابس برمیگردد؟ بعید است که اینجا اجماعی محقق باشد. البته اجماعی که می گوئیم قاعدتا اجماع قدمائی می خواهیم، و اگر چنین اجماع محکمی وجود می داشت این بزرگواران چنین نظری نمی دادند. بنابر این روشن نیست این ادعای جازمانه مرحوم شیخ که بر اساس آن مرحوم علامه و شهید ثانی را مؤاخذه می کند بر چه اساسی است.

در اینجا مناسب است دوستان به کلمات فقهای قبلتر مراجعه کنند و ببینند آیا چنین تفصیلی در کلماتشان آمده است یا اینکه به نحو اطلاق گفته اند در حبس با موت حابس اختیار منافع به ورثه او برمیگردد و دیگر در دست محبوس علیه نمی ماند. این چند کتابی که فعلا در دسترس بود که تفصیل داشتند

عدم لزوم حبس حکمی بنابر مبنای مختار

به نظر می آید با توجه به بحثهایی که شد که ما وقف را مجعولی اصالی می دانیم و با وجود اجماع بر خروج عین موقوفه از ملک واقف و با وجود اینکه ما پس از انقراض عین را به واقف ارجاع نمی دهیم، لذا اصلا لزومی برای حبس حکمی نمی بینیم تا بخواهد این بحثها پیش بیاید.

این تمام الکلام در نکته دوم.

بحث ما در مسأله ۱۶ تمام شد.

مسأله ۱۷

مسأله بعدی مسأله ۱۷ است که صدرش را ما تمام کردیم، و انشاءالله فروعات دیگری که در این مسأله وجود دارد را بررسی می کنیم.

مسأله ۱۷ این است که: «الظاهر أن الوقف المؤبد یوجب زوال ملک الواقف وأما الوقف المنقطع الآخر فکونه كذلك محل تأمل، بخلاف الحبس»^۱. بعد در حبس گفته اند به ملک باقی است و منفعی را می تواند استیفاء کند اگر منافات با انتفاع محبوس علیهم نداشته باشد. بعد هم فروعاتی را ذکر کرده اند که همه اش نیاز به بحث دارد.

از آنچه که در بحث قبلی مطرح کردیم روشن شد وقف چه مؤبد باشد و چه منقطع الآخر، خروج مال موقوفه از ملک واقف برای ما تمام است، هم به خاطر اجماع و هم به خاطر بعضی از ادله که بحث کردیم. ولذا گفتم شاید جای اصلی بحث همینجا بود و می توانستیم در همینجا بحث ملکیت را انجام دهیم و آنجا را به اینجا ارجاع دهیم ولی آنجا بحث شد و دیگر نیاز به تکرار نداریم. مگر فقط یک بحث در جهت استلزام تأیید با خروج از ملک که این را آنجا بحث نکردیم و فقط اشاره کردیم، اینجا بحث می کنیم، والا ادله ای که آنجا ذکر کردیم برای اثبات حکم به نظر ما در هر دو مسأله هم در وقف مؤبد و هم در وقف منقطع الآخر و هم انحاء دیگر وقف کافی است. اجماعش را هم آنجا گفتیم، شبهه قدر متیقنش را هم دفع کردیم، محتمل المدرکی بودنش را هم دفع کردیم. به نظر ما همه انحاء وقف به اجماع خروج از ملک واقف در آن ثابت است. منتهی نکاتی در این فرع هست که اینها را باید یک به یک بحث کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس ۳۴۳

بیان مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة بر مسئله ۱۷ ۳۴۴

حاشیه امام ره بر وسیله ۳۴۵

فروع ذیل مسئله ۱۷ در تحریر ۳۴۶

حاشیه امام بر مسئله ۶۷ ۳۴۶

تأمل در مساله ۶۷ تحریر ۳۴۶

بررسی صدر مسئله ۳۴۷

علت تردید امام و دیگران در زوال ملک ۳۴۸

فارق بودن تأیید در زوال ملک بین دو شق ۳۴۸

عبارات صاحب عروه ره ۳۴۹

تعلیل مرحوم سید بر زوال ملک للتأیید ۳۴۹

بررسی لغویت اعتبار ملکیت برای واقف ۳۵۰

عدول مرحوم صاحب عروه ۳۵۰

ادعای صاحب عروه نسبت به عدم تأثیر در تعیین سرنوشت ملکیت عین موقوفه ۳۵۲

اشکال به بیان عدم ثمره ۳۵۳

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس

از امروز وارد بحث مسئله ۱۷ تحریر می شویم. مسئله ۱۷ این است:

«الظاهر أن الوقف المؤبد يوجب زوال ملك الواقف، و أما الوقف المنقطع الآخر فكونه كذلك محل تأمل، بخلاف الحبس فإنه باق معه على ملك الحابس و يورث، و يجوز له (للحابس) التصرفات غير المنافية لاستيفاء المحبس عليه المنفعة (يعنى تصرفاتى كه منافات با تصرفات محبس عليه ندارد را حابس مى تواند انجام بدهد) إلا التصرفات الناقلة (للعين) فإنها لا تجوز، بل الظاهر عدم جواز رهنه أيضا، لكن بقاء الملك على ملك الحابس في بعض الصور محل منع»^۱.

این لکن استدراک است از مطلب بالا که فرمودند فإنه باق علی ملک الحابس، در انتها می فرمایند در بعضی صور حبس بقاء مال در ملک حابس محل منع است.

در این مسئله چند فرع مطرح شده است. عمده این مسئله نیز به بیان فرق بین وقف و حبس می پردازد.

بیان مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة بر مسئله ۱۷

مرحوم سید صاحب وسیله عنوان مسئله را فرق بین وقف و حبس گذارده است و مطالب ایشان در متن مساله نیز مقداری با متن تحریر فرق دارد. ایشان بحث را با بیان فرق بین وقف و حبس شروع کرده اند: «الفرق بین الوقف والحبس، أن الوقف یوجب زوال ملک الواقف أو ممنوعيته من جميع التصرفات و سلب انحاء السلطنة منه حتی أنه لا یورث. بخلاف الحبس، فإنه باق علی ملک الحابس ویورث و یجوز له جميع التصرفات الغير المنافية لاستیفاء المحبس علیه المنفعة»^۱.

مرحوم سید در ابتدا بحث را با فرق بین وقف و حبس شروع کرده اند و عجیب است که برخلاف مسئله ۶۷ که صراحتاً وقف را موجب زوال ملک می دانند در اینجا زوال ملک را با تردید بیان کرده و گفته اند فرق بین وقف و حبس این است که وقف موجب زوال ملک واقف است یا موجب ممنوعیت از همه تصرفات و همه انحاء سلطه است و حتی به ارث هم نمی رسد، یعنی حتی به صورت مسلوب المنفعة نیز به ارث نمی رسد. به خلاف حبس، که در آن، مالی که حبس شده است به ملک حابس باقی است و به ارث می رسد و حابس نیز مجاز به هر نحو تصرفی است که منافای با استیفاء منفعت از ناحیه محبس علیه نباشد. مثلاً اگر حابس منفعتی از منافع دار مانند سکناى بخشی از آن را به محبس علیه داده است خودش می تواند از بخش دیگر این خانه استفاده کند. یا مثلاً اگر سکناى این منزل را به محبس علیه داده است، ولی منافع درختان این منزل یعنی میوه های آن را یا نشستن زیر سایه آن را برای خودش گذاشته است می تواند از آن استفاده کند. همچنین است اگر این منزل استخری دارد که استفاده از آن را برای خودش گذاشته است.

پس اثر حبس این است که حابس نباید نسبت به استفاده محبس علیهم از منافعی که به آنها اختصاص داده است مانع ایجاد کند اما نسبت به دیگر منافعی که استیفاء از آنها منافاتی با استیفاء محبس علیهم از منافعشان ندارد اشکالی ندارد که بهره برد به خلاف وقف که واقف به هیچ وجه حق استفاده از عین موقوفه را ندارد.

۱ وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)؛ ص: ۵۳۲/۵۳۱

هر چند توجه به این نکته در عبارت ایشان لازم است که ایشان اثر خروج از ملکیت برای وقف را با تردید بیان کرده است. یعنی به صورتی گفته است که گویا یکی از این دو اثر بار است: یا زوال ملکیت و یا عدم امکان جمیع تصرفات. شاید به این دلیل که ایشان نمی خواسته اند به مطلبی بپردازند که دخالت چندانی در بحث ندارد. گویا اینکه اثر وقف زوال ملک واقف باشد یا ممنوعیت او از مطلق تصرفات، برای مرحوم سید در بیان تفاوت حبس و وقف مهم نبوده است، مهم اصل تفاوت وقف با حبس است. در وقف حتی اگر ملک هم زائل نشود واقف از همه تصرفات ولو تصرفات غیر منافی با استیفاء منفعت توسط محبس علیه ممنوع است. به خلاف حبس، که حابس در تصرفاتی که منافات با استیفاء منفعت از ناحیه محبس علیه ندارد مجاز است.

حاشیه امام ره بر وسیله

مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه همینجا به بیان مآتن حاشیه می زنند و می فرمایند: این فرقی که شما بین وقف مؤبد و حبس گذاشتید وجیه است علی اشکال فی بعض فروع؛^۱ و أمّا بین الوقف المنقطع الآخر و بینة، خصوصاً بعض صورہ فمحلّ تأمل^۱. اما وجود این تفاوت بین وقف منقطع الآخر و بین حبس خصوصاً در بعضی از صورتهای محل تأمل است ظاهراً مرادشان از بعضی صورتهای وقف منقطع الآخر است و تفاوت را در این صورت محل تأمل می دانند. وجه این تأمل این است که مرحوم امام در وقف منقطع الآخر قائل به خروج از ملک نیستند لذا از این جهت مانند حبس است و تفاوتی ندارند. ولی به نظر می رسد اشکال ایشان به مآتن وارد نیست زیرا مآتن برای بیان تفاوت حتی در این صورت راه حلی ارائه کرد و فرمود «أو ممنوعيته من جمیع التصرفات» تا حتی اگر کسی در وقف منقطع الآخر، زوال ملک را نپذیرفت و واقف را با حابس در ملکیت مشترک دانست باز بتواند تفاوت بین وقف و حبس را با عدم جواز مطلق تصرفات در وقف توجیه کند.

پس اینکه حضرت امام فرق بین وقف منقطع الآخر و حبس را فرق وجیهی ندانستند ظاهراً صحیح نیست چون مرحوم صاحب وسیله دو تفاوت بیان کردند «أن الوقف یوجب زوال ملک الواقف أو ممنوعيته من جمیع التصرفات و سلب انحاء السلطنة» تا اگر حتی وقف موجب زوال ملک نباشد باز با حبس فرق داشته باشد.

۱ وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)؛ ص: ۵۳۱

فروع ذیل مسئله ۱۷ در تحریر

نکته دیگری که وجود دارد این است که مرحوم امام در ذیل این مسئله دو فرع را مطرح کرده اند: یکی اینکه حابس نمی تواند تصرفات ناقله انجام دهد. حتی تصرفات غیر ناقله مانند رهن را هم نمی تواند انجام دهد. زیرا با اینکه عین محبس، ملک حابس است اما چون آن را به حبس داده و منافعتش را برای مدت خاص تملیک کرده است نمی تواند تصرفات ناقله انجام دهد. حتی رهن هم که تصرف ناقله نیست نمی تواند انجام دهد شاید نکته این منع این باشد که ممکن است (برفرض رهن عین محبس) نیاز شود که مرتهن، دینش را از رهن استیفا کند و منجر شود به اینکه عین از دسترس محبس علیهم خارج شود و نتوانند منافعتشان را استیفا کنند.

فرع دیگری که ایشان بیان کرده اند این است که در صورتی از حبس هم بقاء عین محبس در ملک حابس محل منع است مانند حبس بر کعبه یا مشاهد شریفه که چون بقاء و استمرار دارند اگر به صورت مطلق حبس کند ملازم با خروج از ملک است لذا بقاء بر ملک معنا ندارد.

این دو فرع را مرحوم صاحب وسیلة النجاة متذکر نشده اند. البته ممکن است جای دیگری مطرح کرده باشند اما در ذیل این مسئله که به هدف بیان فرق بین وقف و حبس مطرح کرده اند نیآورده اند.

حاشیه امام بر مسئله ۶۷

مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در مسئله ۶۷ تردید در خروج عین از ملک واقف را بیان نمی کند و با صراحت می فرماید: «لاینبغی الاشکال فی أن الوقف بعد ما تم یوجب زوال ملک الواقف عن العین الموقوفة»^۱ و دیگر عدل «أو ممنوعيته من التصرف» را نمی آورند بلکه مطلقاً می فرمایند وقتی وقف تمام شد موجب زوال ملک است. اما حضرت امام ره در اینجا حاشیه زده اند: «مرّ الاشکال فی منقطع الآخر»، قبلاً اشکال را در فرض وقف بر منقطع الآخر بیان کردیم.

تأمل در مساله ۶۷ تحریر

ابهامی در فرمایش حضرت امام وجود دارد که قبلاً نیز به آن اشاره کردیم. ایشان در متن تحریر در مسئله ۶۷ فرموده اند «لاینبغی الاشکال فی أن الوقف بعد تماميته یوجب زوال ملک الواقف عن العین الموقوفة الا فی منقطع الآخر الذی مرّ التأمل

۱ وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)؛ ص: ۵۴۲

فی بعض اقسامه».^۱ پس در بعضی از اقسام منقطع الآخر تأمل دارند ولی ظاهر مساله ۱۷ این است که در همه اقسام تأمل کرده اند زیرا فرموده اند «و اما الوقف المنقطع الآخر فکونه كذلك محل تأمل».^۲ در همه اقسامش تأمل فرموده اند. وجه تفاوت بین این دو بیان برای ما روشن نشد.

همچنین حضرت امام در حاشیه ای که بر مسئله ۱۷ وسیله زده اند فرمودند آن فرقی که بین وقف مؤبد و حبس گذاشتید وجیه است، اما بین وقف منقطع الآخر و بین حبس نه، خصوصاً فی بعض صوره. در اینجا هم وجه اختصاص عدم وجاهت به برخی از صور روشن نیست. مگر منظور از بعض صوره، بعض صور حبس باشد، چون بر حسب فرعی که در ذیل مسئله ۱۷ آوردند در برخی از انحاء حبس عین محبس از ملک حابس بیرون می رود. لذا فرق بین وقف و حبس به آن بیانی که سید فرموده درست نمی شود. شاید به این جهت نظر داشته اند.

به هر حال دوستان باید دقت کنند بین مسئله ۱۷ و مسئله ۶۷ متن تحریر با متن وسیله فرقه‌ای اساسی وجود دارد. علاوه بر این در خود تحریر هم بین مسئله ۱۷ و مسئله ۶۷ یک قدری هماهنگی نیست. اینجا در مسئله ۱۷ مطلقاً فرموده اند که خروج ملک از مال واقف محل تأمل است، ولی در آنجا می فرمایند خروج ملک از مال واقف فی بعض اقسام منقطع الآخر محل تأمل است.

این هم یک اشکالی.

ما از صدر مسئله شروع کنیم تا این فروعات را یک به یک حساب کنیم:

بررسی صدر مسئله

در صدر مسئله نظر حضرت امام این بود که وقف مؤبد موجب زوال ملک واقف است، ولی خروج ملک در وقف منقطع الآخر محل تأمل است. بنابر آنچه که طی جلسات اخیر در ذیل مسئله ۱۶ بیان شد به نظر ما در وقف بدون تردید، ملک واقف زائل می شود چه وقف مؤبد باشد و چه منقطع الآخر. چند دلیل محکم بر این حکم وجود داشت، خصوصاً اجماعی که تنها ادعا شده بود مرحوم ابوالصلاح حلبی از آن خارج است. عبارت ایشان و دیگر فقهاء را بررسی کردیم و بر

۱ تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۷۷

۲ تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۶۶

خلاف بسیاری از موارد دیگر احراز شد که در اینجا اجماع محکمی وجود دارد. لذا به نظر ما حکم خروج عین موقوفه از ملک واقف در تمام صور مسئله صاف است.

علت تردید امام و دیگران در زوال ملک

اما پرسش این است که نکته تاثیر گذار در ذهن مبارک مرحوم امام و همه کسانی که چنین تردیدی داشته اند چیست؟ نکته تردید همان مطلبی که مرحوم صاحب عروه و برخی دیگر در حقیقت وقف قائل شدند که وقف را ایقاف می دانند. حضرت امام ره نیز در تحریر از همین نظر تبعیت فرمودند و قائل شدند ماهیت وقف ایقاف است و در آن نه تأیید نهفته است و نه خروج از ملک؛ و اینکه در برخی از اقسام خروج از ملک محقق می شود نه بخاطر وقف بودن آن، بلکه بخاطر تأیید است، و تأیید هم داخل در وقف نیست. پس وقف ماهیتی دارد که گاهی ملازم با تأیید است و گاهی نیست، بسته به این است که واقف چه انشائی کرده است. در جایی که این ایقاف ملازم با تأیید می شود مستلزم خروج از ملک است چون اعتبار ملکیت در اینجا فائده ندارد. به خلاف وقف منقطع الآخر که در آن تأییدی نیست پس وجهی برای خروج از ملک مالک نیز وجود ندارد. البته وجوه دیگری نیز بیان شد که گذشت.

فارق بودن تأیید در زوال ملک بین دو شق

منتهی باید فارق بودن تأیید بین این دو شق از وقف بررسی شود. اینکه تأیید وقف موجب بی فایده شدن مال برای واقف و در نتیجه خروج از ملک واقف می شود گرچه در کلمات برخی دیگر از فقهاء هم آمده است ولی امر مسلمی نیست. در فرمایش مرحوم شیخ انصاری در استدلال بر خروج از ملک گذشت که ایشان فرمودند اگر ابی الصلاح قائل باشد که مطلق آثار ملک با وقف زائل می شود دیگر بحث بین ایشان و مشهور ثمره ای ندارد «الا ثمره علمیه» و گر نه ملکی که هیچ اثری بر ملکیتش بار نیست چه فایده ای دارد. نفرومودند اعتبار ملک نیست، بلکه گفته اند این بحث علمی است ولی هیچ ثمره عملی ندارد.

عبارات صاحب عروه ره

ما مطلب را به دلیل در دسترس بودن با عبارات مرحوم صاحب عروه پی می گیریم ایشان در چند نقطه از رساله وقفشان در ملحقات عروه می فرمایند اگر تأیید با وقف توأم شود موجب خروج عین موقوفه از ملک واقف می شود زیرا عقلاء دیگر اعتبار ملکیت نمی کنند. در ذیل شرط ثانی از شرائط وقف یعنی دوام فرموده اند:

«و دعوى تباین الوقف والحبس فإن مقتضى الاول الخروج عن ملكه الى ملك الموقوف عليه بخلاف الحبس فإن العين فيه باقية على ملك الحابس، مدفوعة بأن الخروج عن الملك ليس من مقتضى الوقف بما هو وقف، بل إنما يجئ من قبل التأیید، والمفروض أنه لم يقصده»^۱.

پس ایشان در اینجا خروج از ملک به خاطر تأیید را پذیرفته اند.

در صفحه ۱۹۴ ذیل مسئله ۱۰ که بحث وقف علی من ینقرض است در جواب مستشکل فرموده اند:

«فإنك عرفت أن الوقف إيقاف لا تمليك والخروج إنما يجئ من قبل التأیید»^۲.

ظاهراً اینجا مفروض گرفته اند که تأیید ملازم با خروج است. ولی در هیچکدام از این دو بحث تعلیلی برای این استلزام بیان نکرده اند.

تعلیل مرحوم سید بر زوال ملک للتأیید

در فصل سابع همین کتاب مسئله ۱ برای همین بحث منعقد شده است که آیا اساساً وقف موجب فک ملک از عین موقوفه است و یا عین موقوفه به همان ملک مالک باقی می ماند و یا اینکه عین موقوفه تملیک می شود حال یا به ملک موقوف علیهم منتقل می شود یا به ملک خداوند متعال در می آید و یا اینکه تفصیلی در انواع وقف وجود دارد و در بعضی از این انواع تملیک میشود که مجموعاً چهار قول در مقام وجود دارد.

در اینجا مرحوم سید تعلیل این امر را بیان کرد اند، و برخی از علمای معاصر هم که بحث خروج از ملک را بر اثر تأیید پذیرفته اند همین فرمایش را تکرار کرده اند. مرحوم سید می فرمایند

۱ تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۲

۲ تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۴

«والاقلوی أن حقيقة الوقف هو الايقاف و لازمه الخروج عن ملك الواقف إذا كان مؤبدا لأنه إذا كان ممنوعا عن التصرف في العين والمنفعة لا يبقى له تعلق بها و لا يعتبر العقلاء بقاء ملكيته، و يمكن أن يستفاد ذلك من اخبار الائمة»^۱

استدلال ایشان این است که: اگر واقف از تصرف در عین و منفعت ممنوع شد دیگر تعلقی در او نسبت به این عین موقوفه باقی نمی ماند، و عقلاء اعتبار بقاء ملکیت نمی کنند.

البته ایشان می فرمایند ممکن است از خود اخبار هم فهمیده می شود که در وقف مؤبد دیگر بین واقف و ملکش ارتباطی نیست مثل آن روایات که صدقة بتا بتلا که در کلام امیرالمؤمنین علیه السلام آمده بود.

اما این حرف که تعلق بین واقف و عین موقوفه باقی نمی ماند خیلی حرف عجیبی است. زیرا نفس ملکیت تعلق است. می گوید من مالک این کتابم. اینکه من تصرف نمی توانم بکنم و تعلق باقی نمی ماند خیلی عجیب است.

بله اگر شما بگوئید که عقلاء دیگر اعتبار ملکیت ندارند، خوب است چون دیگر هیچ چیزی باقی نیست. اما اگر ملکیت باقی باشد خودش بهترین تعلق است.

بررسی لغویت اعتبار ملکیت برای واقف

این عبارت را برای بحث دیگری آوردیم. باید اولاً ببینیم فرمایش مرحوم صاحب عروه چیست و در آخر نظر ایشان بر چه چیزی مستقر می شود. بعد از نیز به صورت مستقل بحث کنیم تا روشن شود آیا این حرف درست است که وقف مؤبد ملازم با خروج از ملک است؛ و این لغویت در اعتبار صحیح است چه اینکه در عبارات فقها زیاد تکرار شده است. در همین بحث وقف مرحوم سید به دفعات این مطلب را تکرار کرده اند و دیگران نیز به تبع ایشان این مطلب را آورده اند. البته قبل از ایشان نیز افرادی بوده اند که شاید عباراتشان به این صراحت نبوده است.

عدول مرحوم صاحب عروه

مرحوم سید با اینکه اقلاً در این چند نقطه ای که بیان شد مبنایش این است که تأیید در وقف موجب خروج از ملک است، ولی حدود یک صفحه بعد از همان عبارت قبل در مسئله ۱ از فصل سابع در لواحق، در ذیل از این ادعا عدول می

۱ تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۳۲

نمایند و می فرمایند هیچ کدام از مطالبی که در ذیل اقوال گفتیم دلیل بر آن قول نمی شود. یعنی هیچکدام از این اقوال چه خروج عین موقوفه از ملک مالک و ورود در ملک موقوف علیهم، یا ملک خداوند و چه تفصیل بین وقف خاص و عام و یا این قول که مال به ملک واقف باقی بماند که عمدتاً نظر عامه است و در میان علمای ما ظاهراً تنها مرحوم ابی الصلاح به این قول قائل شده است که بحثش گذشت و یا حتی فک ملک در وقف دلیل ندارد. ایشان با اینکه همه ادله را بیان می کند اما از آنجائی که فقیه منصف و پر جرأتی در آخر می فرمایند: «والانصاف أنه لا دلیل علی شیء من الاقوال حتی ما قلناه». 'حتی این احتمال وجود تفصیل که از آن دفاع کردیم که وقف ایقاف است لذا در وقف مؤبد خروج از ملک می شود و در وقف منقطع الآخر زوال ملک واقف بالمرّة معلوم نیست که نظر مرحوم امام ره و دیگران هم مأخوذ از همین نظر است به نظر ایشان دلیل ندارد. «إذ لا مانع من بقاء العين علی ملک مالکها و إن لم یکن له منفعتها ابدًا». حتی اگر این ملک هیچ منفعتی هم نداشته باشد مانعی ندارد که به ملک مالک باقی باشد. در مقام تعلیل که ممکن است ملکی در ملکیت باقی باشد ولی هیچ منفعتی نداشته باشد به مواردی از اجاره مثال می زنند «كما إذا أجرة أزيد من مدة عمرها»، اگر کسی دابه اش را به بیشتر از عمرش اجاره بدهد مانند اینکه عمر این اسب ده سال است ولی آن را ۱۲ ساله اجاره بدهد این اسب در تمام مدت عمرش مسلوب المنفعة است ولی ملک موجد است و مستاجر تنها مالک منافع است. حال صحت این اجاره نسبت به زیاده از عمر دابه انصافاً قابل بحث است، لذا احتمال اینکه این باطل باشد هم هست و ظاهراً قائل هم دارد. چون موجد نسبت به مازاد عمر دابه اصلاً مالک منافع نبوده است تا بخواهد آن را تملیک کند. بحث چنین اجاره ای واقعاً بحث دشواری است ولی صحت و بطلان مازاد بر عمر دابه فعلاً در بحث ما تأثیری ندارد. استشهاد ایشان به اجاره در تمام مدت عمر است که موجب می شود ملک موجد بر دابه مسلوب النفعه شود. پس ولو اجاره بعد از موت هم باطل باشد در تمام طول عمر مسلوب المنفعة است. و همانطور که این شیء در باب اجاره ای که تماماً مسلوب المنفعة است به ملک مالک هنوز باقی است {در وقف هم ملک بدون منفعت تصویر دارد}.

موجدی که دار را اجاره داده و کل منافع آن را از خود سلب کرده ولو در قبالش چیزی گرفته است الان دیگر چه ملکیتی دارد. اگر استدلالتان بر عدم ملکیت در وقف این است که وقتی کل منافع سلب شود دیگر ملکیت معنا ندارد، در اجاره به ازیاد از مدت عمر چه می فرمائید.

در ادامه ایشان مطلب دیگری می فرمایند: «بل لا ثمرة معتد بها فی تعیین الحق من الاقوال»، می فرمایند اصلاً چه ثمره ای دارد که کدام قول حق باشد. اینکه عین موقوفه از ملک واقف خارج شود و یا اینکه داخل در ملک چه کسی شود اثر مهمی ندارد. «و جملة من الثمرات المترتبة عليها ترتبها محل منع أو اشكال». ادعای ایشان این است که برخی ثمراتی که برای بقاء ملک قائل شده اند محل اشکال و بلکه محل منع است. ایشان چند ثمره را بیان می کنند از جمله بحث تولیت، بحث نفقه عبد و امه موقوفه یا زکات فطره او یا مئونه تجهیزش، همچنین اعتناق بالسراية یا وقف علی من ینعتق علیه، که می فرماید ما این ثمرات را انکار می کنیم. مثلاً در بحث نفقه یا فطره یا مئونه تجهیز در عبد، خب عبدی را کسی وقف مؤبد کرده است، اگر ما بگوئیم تأبید ملازم زوال ملک نیست، خب این عبد به ملک واقف و مولایش باقی است گرچه تمام تصرفات واقف در او ممنوع است و در اختیار موقوف علیهم قرار گرفته است، سؤال این است که نفقه این عبد با چه کسی است؟ وی ملک این واقف است، منافعتش را موقوف علیهم می برند، نفقه اش بر عهده چه کسی است؟ یا مئونه تجهیز در عبد با چه کسی است؟ اگر عبد از دنیا رفت مئونه تجهیزش با چه کسی است، آیا با واقف است یا با آن موقوف علیهم است که دارند از او انتفاع می برند؟ یا زکات فطره او بر عهده چه کسی است.

ادعای صاحب عروه نسبت به عدم تأثیر در تعیین سرنوشت ملکیت عین موقوفه

با اینکه به نظر می رسد واضح است که تعیین سرنوشت ملکیت عین موقوفه، اثر دارد، مرحوم صاحب عروه منکر این تأثیرند زیرا تمسک به اطلاقات و عمومات ادله نفقه یا زکات فطره یا مئونه تجهیز در عبد و اماء را در موارد وقف صحیح نمی دانند و شمول این ادله نسبت به ملک وقفی را نمی پذیرند. یعنی اگر آقای مالکی عبدش را وقف کرد و او را در اختیار موقوف علیهم نیز قرار داد ولو مالک این عبد است ولی نفقه اش بر او واجب نیست. چون ادله وجوب نفقه از این مورد منصرف است. همچنین است ادله زکات فطره و ادله مئونه تجهیز و بقیه موارد.

حال در اینجا چند بحث وجود دارد. دیگران که در بیان مرحوم امام به همین اکتفاء کرده اند که مؤبد بودن وقف، موجب خروج از ملک است، چون ملک یک امر اعتباری است و باید اثر داشته باشد و الا لغو است. بعد هم پرسیده اند که چه اثری بر این ملک مترتب است. خب با سؤال که مسأله حل نمی شود، باید یک به یک مواردی را که ادعا شده بررسی کنیم تا ببینیم اثر مترتب است یا خیر؟ ادعای صاحب عروه این است که این ادله منصرف از وقف اند.

اشکال به بیان عدم ثمره

به نظر ما با مراجعه به ادله چنین انصرافی دیده نمی شود. بلکه در فروع مشابهی احکامی وجود دارد که بحث ثمراتی مانند نفقه و زکات فطره را در چنین عبدی تقویت می کند و به نحو اولویت ثابت می کند. پس به چه دلیل مرحوم سید می فرماید این ادله از وقف منصرف اند. عده ای که به صرف سوال اکتفا کرده اند که صحیح نیست و باید ببینیم آنهایی که در طول تاریخ فقه ادعا کرده اند که بر بقاء ملکیت ثمره مرتب است چه ثمراتی بیان کرده اند. باید آن ثمرات را بررسی کنیم و ببینیم مثلاً در همین نفقه، نفقه عبد با مولای اوست یا موقوف علیهم، مرحوم سید ادعا می کند ادله وجوب نفقه از عبد موقوفه منصرف است. خب کدام روایت منظور است و چرا منصرف است. فقهای متعددی مخالف نظر مرحوم صاحب عروه اند. هم صاحب شرایع و هم صاحب جواهر هر دو بزرگوار تصریح می فرمایند نفقه مملوکی که وقف شده با مالک اوست. پس چطور تعیین مالک ثمره ندارد.

نسبت به ادله هم انصافاً بعضی را که نگاه کردیم هیچ انصرافی وجود ندارد؛ اگر نگوئیم به نحوی بیان شده که از آن تأکید بر لزوم نفقه واقف فهمیده می شود. مثلاً در روایاتی که از امیرالمؤمنین سلام الله علیه در مورد مملوکی که مولایش او را آزاد کرده است و مثل اینکه صغیر بوده یا پیرمرد بوده یا مشکل داشته که او را عتق کرده است امام می فرمایند: امیرالمؤمنین علیه السلام دستور داده بودند تا زمانی که این عبد آزاد شده استغناء پیدا کند باید مالکش نفقه او را بدهد. در حالی که اگر واقعا انصراف داشت باید می گفتند بر بیت المال باشد. در این اینجا که عبد آزاد شده و دیگر معتق، مالک این عبد نیست امام می فرمایند آن مالک سابق باید نفقه این عبد را بدهد پس چطور ادله از واقفی که مالک این عبد است منصرف است.

عرض ما این است که گرچه برای ما بحث زوال ملک تمام است، اما این سؤال دیگری است که آیا استدلال کسانی که تأیید را وجه اختلاف بین وقف مؤبد و منقطع الآخر قرار داده اند درست است یا نه.

مرحوم سید که خود، اصل این ادعا بود در نظرش تشکیک کرد و گفت معلوم نیست که تأیید منافاتی با بقاء ملک داشته باشد. وقف مؤبد باشد و ملک هم باقی باشد اشکالی ندارد. گرچه ایشان می فرماید اصلاً بحثش فائده ندارد، که این بحث دیگری است و باید بررسی کنیم که ثمراتی که می گویند مترتب است یا نه. ولی کسانی که صرفاً می گویند اعتبار لغو است، باید بر نفی ثمرات استدلال کنند. به صرف اینکه بگوئید ثمره کجاست مشکل حل نمی شود. باید تک تک ثمرات را بررسی کنید و اثبات کنید که مترتب نیست.

ان شاء الله ما در جلسه آینده این چند ثمره را می آوریم و بحث می کنیم، به نظر ما بعضی از آنها قطعاً مترتب است و هیچ مشکلی ندارد. ادله هم منصرف نیست. و لذا این که در وقف مؤبد به خاطر تأیید خروج از ملک لازم می آید و بر اساس آن تفصیل مرحوم امام و دیگران صحیح می شود مورد پذیرش ما نیست.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۱۷: زوال ملك در وقف و حبس ۳۵۵

تشخیص نظر صاحب عروه در امکان اعتبار ملکیت در فرض عدم ترتب اثر ۳۵۶

عدم صحت بی ثمر بودن بحث از ملکیت ۳۵۷

عدم پذیرش ترتب اثر تولیت موقوفه توسط صاحب عروه ۳۵۷

رد نظر صاحب عروه در بحث تولیت ۳۵۸

بررسی ثمره نفقه و زکات فطره عبد ۳۵۹

تشکیک در مناقشه مرحوم سید در بحث نفقه ۳۵۹

بحث ثمره داشتن در زکات ۳۶۰

معنای لازمون در بحث مستحقین زکات ۳۶۱

بحث زکات فطره از طرف عیال ۳۶۲

این راجع به بحث صفوی ۳۶۴

مسئله ۱۷: زوال ملك در وقف و حبس

بحث در مسئله ۱۷ بود. مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه در صدر این مساله قائل به فرق بین وقف مؤبد و وقف منقطع الآخر در خروج عین موقوفه از ملک واقف شدند که این تفصیل مأخوذ از فرمایش مرحوم صاحب عروه در ملحقات است. البته این نظر ابتدائی صاحب عروه است و بسیاری از فقها نیز از آن تبعیت کرده اند.

عرض شد که حکم این مساله برای ما روشن است و این تفکیک و تمییز دو فرع از یکدیگر را قبول نداریم. لذا هم در وقف مؤبد و هم در وقف منقطع الآخر خروج از ملک ثابت است. اینکه می گویند در وقف مؤبد خروج از ملک علی الظاهر هست و در وقف منقطع الآخر فیه تأمل یا نیست مورد قبول نیست.

گفته شد بحث در تفصیل بین این دو فصل و پذیرش خروج از ملکیت در وقف مؤبد به خاطر تابید بحث مهمی است زیرا نکته ای که برای استدلال بر آن مطرح می کنند اختصاصی به باب وقف ندارد و در موارد متعددی اموالی وجود دارند که مسلوب المنفعة و بدون اثر می شوند و باید روشن شود که اعتبار ملکیت درباره آنها لغو است یا خیر. پس بحث هیچ انحصاری به وقف ندارد. مرحوم صاحب عروه به اجاره ای که بیش از عمر عین مستأجره باشد مثال زدند که موجب می شود این عین در طول عمرش مسلوب المنفعة شود ولی ملکیت موجد از این عین سلب نمی شود.

در اینجا دو ادعا وجود دارد یکی اینکه در وقف موبد صغریا هیچ ثمره ای وجود ندارد همانطور که مرحوم صاحب عروه ادعا فرمودند و دیگری ادعایی کبروی است که اگر در جایی هیچ ثمره ای مترتب نبود اعتبار عقلائی ملک لغو است.

نسبت به بحث کبروی عرض شد که مرحوم سید در چند جا از جمله در ابتدای محل اصلی بحث یعنی بحث سابع قائل به لغویت اعتبار ملکیت در فرض عدم ترتب اثر شده اند ولی در انتهای همین بحث اقرار می کنند هیچ دلیلی بر هیچکدام از اقوال مطرح در مساله حتی تفصیل بین وقف موبد و منقوع آخر (که خود سید مطرح کردند) وجود ندارد.

تشخیص نظر صاحب عروه در امکان اعتبار ملکیت در فرض عدم ترتب اثر

یک مسئله این است که ما باید موضع مرحوم صاحب عروه را تشخیص دهیم. به نظر می رسد مختار ایشان روشن نیست. آیا مدعیند هیچ کدام از ادله ای که برای خروج عین موقوفه از ملک واقف ارائه شده است یا ادله ای که مفید بقاء مال بر ملک واقف است یا حتی ادله ای که بر تفصیل بین وقف مؤبد و منقطع الآخر ارائه شده است ثابت نشده است. پس در این صورت (که ادله در هیچ قسم قابل دفاع نیست) نتیجه چه می شود؟

بعد با تعبیر ولكن فرمودند این بحث ثمره ای ندارد. و تمام ثمراتی که بر ملکیت عین موقوفه مترتب شده است را نپذیرفتند و همه را قابل دفع دانستند.

حال که ایشان در نهایت فرق بین این دو وقف را نپذیرفتند و ظاهر کلامشان این است که در وقف موبد نیز اشکالی ندارد که عین موقوفه به ملک واقف باقی باشد باید دو بحث صغروی و کبروی را پی گیری کنیم.

بر خلاف صاحب عروه عده ای این تفصیل را پذیرفته اند. ظاهر عبارات حضرت امام در این مساله و در مسئله ۶۷ پذیرش این تفصیل است که در وقف مؤبد خروج از ملک واقف رخ می دهد ولی در وقف غیر مؤبد عین موقوفه از ملک واقف خارج نمی شود هر چند تعلیلی بر این مدعا نیاورده اند و تعلیلی به لغویت اعتبار عقلا در فرض عدم ترتب اثر نکرده اند. بر خلاف برخی از فقهاء معاصر که تصریح به این تفصیل می کنند و در ادامه ملک واقف در وقف مؤبد را بدون ثمره می دانند و به این دلیل اعتبار ملکیت برای آن را لغو می شمارند:

«الملکية امر اعتباری تطلب لنفسها الاثر العقلائی أو الشرعی (ملکیت امر اعتباری است که متطلب یک اثر عقلائی است)، إذ لولا الاثر لصار الاعتبار لغوا و امرا غیر عقلائی و أئ اثر یترتب علی اعتبار ملکية الواقف بعد کونه ممنوع التصرف مؤبدا بیعا و هبة و میراثا بالنسبة الی الاصل و الفرع و حتی التصرفات غیر المنافیة لاستیفاء الموقوف علیه المنفعة».^۱

۱ احکام الوقف فی الشریعة الإسلامية الغراء، صفحه: ۶۱

ایشان ادعای عدم ترتب اثر کرده اند ولی توضیح نداده اند تکلیف این همه فروعاتی که دیگران به عنوان ثمره مطرح کرده اند چیست؟

خدا رحمت کند مرحوم سید را، با آن اقتدار و شجاعت و جرأت در بحث فقهی به اینجا که می رسد حرفها را می آورد و طرح می کند، می گوید ثمرات ادعائی اینهاست ولی این ثمرات را مترتب نمی داند.

عدم صحت بی ثمر بودن بحث از ملکیت

اشکالی که به ادعای صغروی مرحوم صاحب عروه داریم این است که عدم ثمره ای که ایشان بر بحث از ملکیت ادعا کرد صحیح نیست. و برخی از این مطالب و ثمرات که فقها بر ملکیت واقف مترتب کرده اند علی الظاهر تمام است. پس اگر عین موقوفه در ملک واقف باشد ثمراتی دارد که اگر آن را در ملک واقف ندانیم مترتب نیست.

چهار اشکال هم به لحاظ کبروی به فرمایش بزرگانی داریم که می فرمایند اگر این اثرها منتفی شد اعتبار عقلائی ملکیت لغو است. که این چهار اشکال به هم مرتبط است.

عدم پذیرش ترتب اثر تولیت موقوفه توسط صاحب عروه

از جمله ثمراتی که برای ملکیت واقف بر می شمارند و مرحوم صاحب عروه قبلاً بیان کردند تولیت واقف در جائی است که واقف در وقف متولی تعیین نکرده باشد. در جائی که واقف خودش تولیت را تعیین می کند بحثی نیست، اما اگر متولی تعیین نکرده باشد و از این حیث مطلق گذاشته باشد برخی گفته اند تعیین سرنوشت تولیت، دائر مدار این است که واقف را مالک بدانیم یا موقوف علیهم را و یا اینکه ذات حق متعال مالک عین موقوفه باشد. اگر واقف مالک باشد، او متولی را تعیین می کند. اگر موقوف علیهم مالک باشند، آنها تعیین می کنند. و اگر خداوند مالک باشد حاکم تعیین می کند.

مرحوم صاحب عروه هیچ کدام از این ثمرات را مترتب نمی دانند «إذ منها كون التولية إذا لم يعين الواقف متولياً للوقف أو الموقوف عليه أو الحاكم وقد عرفت ما فيه»^۱ البته در عبارت دو غلط چاپی وجود دارد یکی اینکه «متولياً» باید «متولياً» باشد دوم اینکه «لوقف» باید «للاوقف» باشد یعنی: «إذا لم يعين الواقف متولياً للواقف أو الموقوف عليه...» ادعا شده ثمره در جایی ظاهر می شود که واقف متولی تعیین نکرده باشد که در این صورت تعیین تولیت دائر مدار مالکیت است. مرحوم صاحب عروه این ثمره را نمی پذیرند و می فرمایند «و قد عرفت ما فيه».

ایشان در بحثهای ما قبل در صفحه ۲۲۷ ملحقات عروه ذیل عنوان «فیما يتعلق بالنادر» در مسئله ۲ می فرمایند: «إذا لم یعین الواقف متولیا فی ضمن صیغة الوقف فهل التولية له أو للموقوف علیهم أو للحاکم أو یفصل بین وقف الخاص (که متولی موقوف علیهم باشند) و وقف العام (که متولی حاکم باشد)، و ربما بنی المسئلة علی أن العین الموقوفة تبقى علی ملک الواقف أو تنتقل الی الموقوف علیهم أو الی الله مطلقا». بعد گفته اند «فعلی القول بالبقاء للواقف، و علی القول بالانتقال الی الموقوف علیهم مطلقا أو فی الخاص فلهم (یعنی فلهم التولية)، و علی القول بكونه لله فللحاکم».^۱ ایشان در ابتناء نتیجه بر اقوال اشکال می کند و می گوید اقوی این است که تولیت بنابر پذیریش هر یک از اقوال مطلقا با حاکم است. که البته این نظر ایشان بحث دارد که فعلا قصد ورود به آن را نداریم.

رد نظر صاحب عروه در بحث تولیت

اینکه مرحوم صاحب عروه می فرمایند وجهی ندارد تولیت با واقف باشد ولو مالک عین موقوفه باشد به این دلیل است که واقف تماما با این عین، قطع علقه کرده است لذا وجهی ندارد بر آن نظارت داشته باشد و تصرف کند.

اشکال این است که این دلیل مصادره به مطلوب است. درست که واقف قطع علقه از تصرفات در عین موقوفه و انتفاعات خود از آن کرده است اما اینکه با وجود بقاء ملکیتش بر این عین نتواند تصرفاتی در جهت وقف کند و به همین مقدار نیز حق نداشته باشد اول کلام است. به چه دلیل چنین علقه ای نیز قطع شده باشد؟ چه کسی می گوید به همین مقدار هم حق نداشته باشد که تولیت را تعیین کند؟ وقتی واقف مالک است چنین تصرفی در ملکش اشکال ندارد چون هیچ منافاتی با وقف ندارد شاهدش این است که می توانست در ابتدا و در انشاء صیغه وقف سرنوشت تولیت را تعیین کند و متولی را شرط کند. حال که مالک این عین را وقف کرده یعنی ثمرات را از خود سلب کرده است اشکالی ندارد که بر اساس مالکیتش نظارت بر همان وقف را تعیین کند تا ثمرات به صورت صحیح در جای خودش مصرف شود و این منافاتی با وقف ندارد. به عبارت دیگر واقف مالک است و امر تصرفات در ملک نیز در دست مالک است حال مالک تمام تصرفاتی که از سنخ استیفاء منفعت باشد را با وقف خارج کرده است اما چرا تصرف تعیین متولی و ناظر برای اداره وقف خارج باشد؟ این از شئون مالکیت واقف هست. پس تمام استدلال مرحوم صاحب عروه یک مصادره است.

منتهی بحث دقیق دیگری وجود دارد که جزء اشکالات بعدی ما در فروض دیگر نیز هست که آیا اگر نظر عالم بزرگ و جلیل القدری مانند سید بزرگوار ما این باشد که این ثمره مترتب نیست و عده ای نیز از آن تبعیت کنند واقعا این ثمره را از ثمره بودن می اندازد و دیگر این اثر مترتب نیست؟ حال اگر در طول تاریخ فقه ده ها فقیه قائل باشند ملکیت

واقف این فائده را دارد؟ فقط بخاطر فرمایش ایشان از ثمره می افتد؟ در بحث بعدی توضیح خواهیم داد که اصلاً معنا ندارد که به خاطر ادعای عدم ترتب ثمره توسط برخی از فقها بگوئیم اعتبار عقلانی لغو است.

بررسی ثمره نفقه و زکات فطره عبد

ثمره دوم در نفقه یا زکات فطره یا مئونه تجهیز در عبد و امه است. یا در انعقاد بالسرایه که اگر بخشی از عبد عتق شده باشد مابقی نیز آزاد می شود یا در وقف علی من ینعتق علیه است. دو مورد را چون روایت دارد بحث می کنیم یکی بحث نفقه و دیگری بحث زکات فطره.

مثال این است که کسی عبدی دارد، این عبد را وقف می کند برای کسانی یا برای جائی. آنهایی که میخواهند بگویند که بقاء مال در ملک واقف ثمره دارد می گویند ثمره در نفقه ظاهر می شود. می گویند اگر این عبد از ملک واقف زائل شده باشد اعم از اینکه به ملک موقوف علیهم در آید یا درنیاید، همینکه از ملک واقف زائل شده، دیگر لازم نیست نفقه او را پردازد، چون موضوع ادله وجوب نفقه، مملوک است و بنابر فرض این عبد مملوک واقف نیست لذا وجوب نفقه وجهی ندارد. اما اگر این عبد ملک واقف باشد، با اینکه واقف با وقف تمام خدمات این عبد را به موقوف علیهم داده لذا نمی تواند او را برای کاری استخدام کند ولی چون ملک او است نفقه اش بر واقف لازم است، چون نفقه تابع ملک است. همینکه مملوک شد نفقه اش لازم است.

پس عده ای می گویند بحث خروج از ملک واقف یا عدم خروجش، در مثل نفقه عبد مملوک اثرگذار است. اگر بگوئیم از ملک واقف خارج شده است نفقه ندارد ولی اگر بگوئیم داخل در ملک او است ثمره دارد.

مرحوم سید می فرماید این ثمره را هم ما قبول نداریم. چون ادله وجوب نفقه از مثل چنین ملکیتی منصرف است. هیچ توضیح نمی دهند که کدام دلیل و روایت و به چه دلیلی منصرف است.

تشکیک در مناقشه مرحوم سید در بحث نفقه

ما با ایشان چند بحث داریم:

به لحاظ فقهی که خیلی از فقهاء حرف ایشان را قبول ندارند. برخی به صورت مطلق گفته اند و برخی تصریح کرده اند نفقه مملوک با مولای اوست. بعضی ها تصریح به انواع کرده اند و حتی در مکاتب هم قائل به وجوب نفقه شده اند. برخی دیگر به صورت مطلق گفته اند چه مملوک نفعی برای مولا داشته باشد و چه نداشته باشد. در متن شرایع فی الجملة هست، مرحوم صاحب جواهر فرموده، مرحوم صاحب حدائق فرموده. در جلد ۲۵ حدائق صفحه ۱۳۹ فی نفقه المملوک فرموده اند: «لا خلاف نضا و فتوی فی وجوب النفقة علیه إذا كان له مال و قد نقل عن غیر واحد من اصحابنا أنه لا خلاف بین علماء الاسلام (نه فقط علماء الايمان) فی الحكم المذكور (که نفقه مملوک با مالکش هست)، و لا فرق فی المملوک بین الصغیر و الکبیر والصحیح و الاعمی و المدبر و المرهون و المستأجر و غیرها (یعنی اگر مستأجر هم باشد که

اجیر شده باشد خدمتش برای دیگری باشد باز هم همین حکم را هم دارد، مرهون هم باشد همین است، باز هم نفقه اش بر مالکش هست، این را تصریح کرده اند)، و کذا لافرق بین الکسوب و غیره^۱ منتهی اگر کسوب بود می تواند مولا بگوید از کسبش بردارد یا نه همه را بدهد به مولا و مولا نفقه اش را بدهد، کما اینکه اگر کسبش کمتر از نفقه اش شد باید مولا نفقه اش را تتمیم کند

نظیر همین حرف را صاحب ریاض و صاحب جواهر دارند. صاحب جواهر می فرماید: «فلا خلاف فی أنه تجب النفقة علی ما یملکه الانسان من رقیق و بهیمة، بعد می گوید: اما العبد و الأمة فنفتقهما علی مولاها اجماعاً بقسیمه، بعد هم نصوص را آورده است». بعد می فرماید: «بل نفاه بعضهم من علماء الإسلام فضلاً عن علماء الايمان، من غیر فرق فی المملوک بین الصغیر و الکبیر و الصحیح و الأعمی و المدبر و أم الولد و المنتفع به و غیره و المرهون و المستأجر و الکسوب و غیرهم، رفع السید عنه و خلی بینه و بین نفسه أو لا»^۲ صاحب جواهر ره تصریح می فرماید حتی اگر مولا انتفاع هم نبرد باز نفقه مملوک بر مالک است.

در کشف اللثام هم باز شبیه همین است. و در کتب فقهی دیگر هم همینطور است.

پس مرحوم صاحب عروه فقیهی است که نظری دارد در مقابل بسیاری از فقها نظر دیگری دارند، آنها علی الاطلاق می گویند مالک باید نفقه مملوکش را بدهد. پس ثمره بر اساس قول آنها ظاهر می شود چون ثمره بر اساس اقوال ظاهر می شود نه قول یک نفر در مقابل دیگران.

اما به لحاظ صغروی اینکه ایشان می گوید و شمول ادلتها لمثل هذه الملكية ممنوع، می خواهیم بگوئیم شما این ادله را از کجا آوردید که می فرمایید شمولش ممنوع است.

بحث ثمره داشتن در زکات

در کتاب زکات دو بحث مرتبت با وقف وجود دارد یکی اینکه انسان زکات را به چه کسانی می تواند بدهد. پرسش این است که آیا انسان می تواند زکات اموال یا زکات فطره را به واجب النفقة خود بدهد؟ مطابق روایات این کار ممنوع است. بحث دیگر این است که زکات فطره چه کسانی بر انسان واجب است آیا زکات فطره همه کسانی که عیال انسان به شمار می روند واجب است.

۱ الحدائق الناضرة؛ ج ۲۵، ص: ۱۳۹

۲ جواهر الکلام؛ ج ۳۱، ص: ۳۸۹/۳۹

درباره بحث اول در روایت ظاهرا صحیحه از کافی در وسائل باب سیزدهم از ابواب مستحقین زکات آمده است: «محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن صفوان بن یحیی عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «خمسۃ لا یعطون من الزکاة شیئا: الأب و الأم و الولد و المملوک و المرأة، و ذلك أنهم عیاله لازمون له»^۱. پنج دسته هستند که از زکات چیزی به آنها نمی رسد، پدر، مادر، ولد، مملوک و همسر زکات دهنده. به این پنج نفر زکات نمی رسد، لانهم عیاله لازمون له، چون اینها عیال زکات دهنده محسوب می شوند و لازم او هستند.

کسی ممکن است طبق این روایت بگوید ما قرینه ای داریم که مؤید نظر مرحوم سید می شود چون از تعبیر لازمون له استفاده می شود علت اینکه به این پنج گروه نمی شود زکات امول یا زکات فطره داد این است که علاوه بر اینکه عیال زکات دهنده به شمار می روند لازم و همراه او نیز هستند. در صورتی که عبدی که وقف موقوف علیهم شده است دیگر لازم و همراه مولا نیست بلکه لازم موقوف علیهم است پس دادن زکات به او اشکال ندارد.

معنای لازمون در بحث مستحقین زکات

پاسخ این است که این تعلیل به لازمه مسلما نمی خواهد به عنوان علت تامه باشد و معنای لازم نباید این معنای همراهی باشد. اگر مقصود این باشد که معیار حرمت پرداخت زکات به این پنج گروه همراهی آنها با انسان است در موارد متعددی که اینها همراه انسان نیستند باید قائل به عدم اشکال در پرداخت زکات به آنها باشیم. اگر معنای لازمون له این است که یعنی همراه آدم و سر سفره آدم باشند در مواردی که فرزند انسان سر سفره او نیست یا ممکن است پدر مادر انسان سر سفره انسان نباشند باید بتوانند زکات بگیرند در صورتی که روایت می گوید به اینها نمی توانید زکات بدهید.

پس ثمره اینجا ظاهر می شود که اگر ما بگوئیم مملوک از ملک واقف خارج شده است، بعد از خروجش می شود زکات به او داد، چون دیگر مملوک و لازم نیست. ولی ما می گوئیم معنای لازمون له این نیست، بلکه لازمون له از همان باب عیال بودن است.

همچنین ثمره در بحث دوم نیز ظاهر می شود در بحث اینکه زکات فطره ای که به کل راس تعلق می گیرد شامل چه کسانی است معیار عنوان عیال و وجوب نفقه است یعنی انسان باید زکات فطره گروههایی که عیال انسان محسوب می شوند بدهد، از جمله زکات مملوک را. در آنجا که روایاتش خواهد آمد تصریح شده است که مملوک عیال است. اسم برده است که چند گروه بالاطلاق عیال محسوب می شوند و تعبیر لازمون له هم ندارد.

در روایت چهارم از همین باب سیزدهم از مستحقین زکات که روایت در علل و خصال نیز هست ولی به نظر سندش تمام نیست چون مرفوعه است از امام صادق علیه السلام آمده: «أنه قال: خمسۃ لا یعطون من الزکات: الولد و الوالدان

و المرأة و المملوک لأنه یجبر علی النفقة علیهم». ^۱ چون این پنج گروه واجب النفقه او هستند حق ندارد به آنها زکات بپردازد. اینجا دیگر تعبیر لازمون له نیامده؛ بلکه معیار این است که نفقه شان بر او واجب است. لذا اینجا ثمره خیلی روشن است. اگر با انشاء وقف، عبد از ملکیت واقف خارج می شود و دیگر مملوک او نیست و نفقه اش بر واقف واجب نیست - که بحث دیگری است و آن خواهیم پرداخت - دیگر پرداخت زکات هم به او اشکال ندارد به شرط آنکه از جهت شرائط دیگر مشکل نداشته باشد مثل اینکه فقیر باشد و مستغنی نباشد.

پس چون این عبد غیر مملوک واجب النفقه واقف نیست پرداخت زکات به او اشکال ندارد وگرنه اگر مملوک او باشد واجب النفقه او است و حق ندارد به او زکات بپردازد.

بحثی که تا کنون انجام شد مربوط به کل زکات بود. پرداخت مطلق زکات به این پنج گروه جائز نیست نه خصوص زکات فطره؛ آن هم به این دلیل که اینجا واجب النفقه هستند. از این روایات دو تا مطلب استفاده شد: یکی اینکه پرداخت زکات به این افراد جائز نیست. دیگری اینکه این روایات اثبات می کند که مملوک مطلقا واجب النفقه است که روی این مطلب تمرکز نکردیم. روایت دوم گفته بود لأنه یجبر علی النفقة علیهم. کجای این تعبیر منصرف است از ملک وقفی. مرحوم سید می فرماید این ملکی که موجب وجوب نفقه است ملک اینچنینی نیست، باید آنچنانی باشد، یعنی ملکی که با وقف مسلوب المنفعة شده و واقف فقط مالک این ملک است ولی هیچ منفعتی به او نمی رسد، جزء آنهایی نیست که یجبر علی النفقة علیهم. می گوئیم چرا؟ روایت به این صراحت و روشنی اطلاق واضحی دارد چرا می گوئید منصرف است؟ ادعای انصراف که بی دلیل پذیرفته نیست.

روایت اول هم همینطور بود، مطلقا گفته بود لا یعطون الزکات. بعد هم گفته آنها عیاله، در اینجا هم از باب اینکه واجب النفقه هستند به آنها زکات پرداخت نمی شود.

بحث زکات فطره از طرف عیال

عرض شد بحث دیگری که به عنوان ثمره بیان شده است: «و منها فی النفقة و الفطرة». در زکات فطره هم ثمره ظاهر می شود. در زکات فطره حکم این است که بر هر رأسی که از عیالات انسان محسوب شود زکات فطره تعلق می گیرد و بر صاحب این عیالات لازم است زکات را بپردازد.

در باب پنجم از ابواب زکات فطره حدیث دوم این است که: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده الضيف من اخوانه فيحضر يوم الفطر يؤدّي عنه الفطرة؟ قال نعم الفطرة واجبة على كل من يعول من ذكر أو أنثى صغير أو

کبیر حرّ أو مملوک»^۱ هر مملوکی که یعوله لازم است که فطره او را بدهد. پس ثمره ظاهر شد. این عبد موقوف اگر مملوک واقف است نسبت به او ممن یعوله است پس باید زکات فطره اش را بدهد.

منتهی ممکن است اشکال کنید که اگر بنا شد که این عبد مستخدم موقوف علیهم باشد پس ممن یعول آنها می شود نه این آقای واقف.

می گوئیم این را از کجا می گوئید؟ یعوله یعنی عیالات او محسوب می شود. هنوز مملوک واقف است. صرف اینکه موقوف علیهم از منافع استفاده می کنند موجب نمی شود از عیال واقف خارج شود. مانند اجاره مملوک است اگر کسی عبدش را برای سه روز اجاره بدهد که نزد مستاجر کار کند و شرط هم نکرده باشد که مستاجر نفقه را بپردازد مالک باید نفقه این عبد را بدهد. با اینکه در این سه روز منفعت را مستاجر استفاده می کند. اینجا هم همینطور است.

از این بهتر روایت بعدی است که امام علیه السلام در آن عیال را تفسیر می کنند. این روایت ظاهراً صحیح است. «باسناد از صفوان از عبدالرحمن بن حجاج قال: سئلت أبا الحسن علیه السلام عن رجل ینفق علی رجل لیس من عیاله ألا انه یتکلف له نفقة و کسوته أ تکون علیه فطرته؟ قال: لا انما تکون فطرته علی عیاله صدقة دونه، و قال: العیال الولد و المملوک و الزوجة و أم الولد»^۲

از امام علیه السلام سؤال می کند که کسی هست که جزء عیالات و اهل من محسوب نمی شود، کسی که خرجش با من است محسوب نمی شود، اما من متکفلانه نفقه و کسوتش را می دهم، آیا فطره اش را من باید بدهم؟ امام فرمود نه، لا انما تکون فطرته علی عیاله صدقة دونه، (ظاهراً مراد از صدقه زکات فطره است. دونه یعنی دون کسی که عیالش نباشد) و قال: (مهمش این است) العیال الولد و المملوک و الزوجة و أم الولد. من تعجب می کنم از مرحوم سید که یک روایات به این صراحت داریم که در مقام تبیین عیال هیچ استفضالی هم نداده، تقیید هم نکرده، در مقام تبیین مصادیق عیال از جمله مملوک را بر می شمارد کجای این روایت منصرف است از مملوکی که در اختیار دیگران باشد مانند مملوک وقف شده؟ کجای روایت این را دارد.

ما باشیم و این روایت، از ما پرسند از مملوک عیال چه نوع مملوکی مراد است؟ می گوئیم هر کسی که مملوک باشد عیال است. اینجا گفته است عیال مملوک است. انصافاً هیچ انصرافی در این روایات نیست. اینکه مرحوم سید فرموده

۱ وسائل الشیعة؛ ج ۹، ص: ۳۲۷

۲ وسائل الشیعة؛ ج ۹، ص: ۳۲۸

«و شمول ادلتها لمثل هذه الملكية ممنوع» حرف صحیحی نیست. چند تا روایات دیگر هم از همین سنخ است، انصافا همه جا بر عنوان مملوک آمده، ما هیچ دلیلی بر انصراف نداریم.

این به لحاظ صغروی که انصافا حکم در روایات روی عنوان مملوک رفته است. اتفاقا ثمره هم پیدا می کند. اگر ملک واقف باشد مصداق مملوک است، زکات فطره او بر مولایش لازم است، و علاوه بر این پرداخت زکات به او هم جائز نیست چون واجب النفقه مولایش هست. پس ثمرات روشنی دارد.

این راجع به بحث صغروی

حال ما چند تا اشکال دیگر داریم اصلا بر این شیوه بحث، که بحثهای مهمی است که اختصاص به باب وقف ندارد، اشکال به شکل این بیان است که ما بگوئیم عقلاء اعتبار ملکیتشان لغو است چون ثمره ای ندارد بخاطر اینکه فقیهی از فقهاء گفته ثمره ندارد. حالا روی این فکر کنید بخاطر اشکالاتی که می خواهیم عرض کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس ۳۶۵

خلاصه مباحث گذشته ۳۶۵

دفاع برخی از علمای معاصر از لغویت اعتبار در موارد عدم ترتب اثر ۳۶۶

دو اشکال به دفاع برخی از علمای معاصر ۳۶۶

اشکال اول: عدم بررسی ترتب آثار ادعا شده ۳۶۷

اشکال دوم: عدم اثبات بی اثری در فرض پذیرش ثمره توسط برخی از فقهاء ۳۶۷

عدم منافات اعتبار عقلانی با عدم ترتب اثر شرعی ۳۶۸

عدم مؤونه زائد در جعل ملکیت برای مطلق از ذو اثر و بدون اثر ۳۶۹

استفاده شهید صدر از این بحث در مباحث الفاظ ۳۶۹

تفصیل بین موارد انحلال در طبیعت و غیر آن ۳۷۰

استدلال دوم بر خروج از ملکیت ۳۷۱

پاسخ استدلال دوم ۳۷۲

استدلال سوم بر خروج از ملک ۳۷۲

اشکال به استدلال سوم ۳۷۲

نتیجه بحث در صدر مسأله ۱۷ ۳۷۴

عدم خروج از ملکیت در بحث حبس ۳۷۴

تصرفات ناقله حابسی اشکال دارد ۳۷۵

اشکال در جواز رهن توسط حابسی ۳۷۵

اشکال در بقاء مال بر ملک حابسی در بعضی صور ۳۷۵

خلاصه فروع مرتبط به بحث خروج یا عدم خروج ملک در حبس ۳۷۶

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس

خلاصه مباحث گذشته

بحث در صدر مسئله ۱۷ تحریر الوسیله بود که مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه بین وقف مؤبد و وقف منقطع
الآخر از حیث اینکه موجب زوال ملک واقف از عین موقوفه شوند قائل به تفصیل شدند. مکرر عرض شد به نظر ما روشن

است که این تفصیل درست نیست، و در هر دو صورت ملک واقف زائل می شود به خاطر ادله ای که گذشت. ولی بحث فعلی ما در وجه این تفصیل و بررسی آن است.

در جلسه گذشته فرمایش مرحوم صاحب عروه اعلی الله مقامه الشریف مطرح شد ایشان در ابتدا راه این را مطرح می کنند که چون در وقف مؤید تمام آثار ملک برای واقف منتفی است عقلاء برای او اعتبار ملکیت نمی کنند. هر چند ایشان این استدلال را در چند جا تکرار می کنند ولی در انتهای مکان اصلی بحث یعنی در فصل هفتم که به لواحق وقف می پردازند می فرماید حتی این تفصیل بین دو وقف دلیل ندارد کما اینکه اقوال دیگر مسئله نیز بدون دلیل است. ایشان از استدلالی که به صورت متعدد مطرح کرده بودند پاسخی نداده و تنها به موارد نقض به دیگر ملکیت های بدون فایده برای مالک اکتفا کرده اند. مانند اینکه اگر شخصی «آجر دابته ازید من عمرها»، دابه را به مدت فراتر از عمر این دابه اجاره دهد، اجاره صحیح است لذا این دابه با اینکه ملک موجر است مسلوب المنفعة می شود چه نسبت به خودش به یک معنایی و چه نسبت به ورثه ای که قرار است این دابه به آنها برسد.

پس در هر صورت مرحوم سید در این استدلال که اگر شیئی مسلوب المنفعة شد اعتبار ملکیت برای آن لغو است تشکیک می کند و حتی نقض می کند که در مواردی ملک مسلوب المنفعة است در حالی که ملکیت هست. مانند اجاره که هنوز اعتبار ملکیت برای موجر هست. هر چند ایشان تکلیف لغویتی که قبلاً به آن تمسک می نمود روشن نمی کند ولی ظاهراً زیر بار لغویت نرفته اند.

دفاع برخی از علمای معاصر از لغویت اعتبار در موارد عدم ترتب اثر

برخی از فقهاء معاصر که این استدلال را از مرحوم سید گرفته اند همانطور که در استدلالهای دیگرشان در مباحث دیگر نیز پیدا است که از مرحوم سید استفاده می کنند. ایشان می فرمایند: بر ملکیت وقف مؤبدی که تمام آثارش مسلوب است اثری مترتب نیست. مالک نمی تواند از عین موقوفه انتفاع برد، حتی حق انتفاعات غیر منافی با استیفاء موقوف علیهم نیز ندارد. این مال به ارث نیز برده نمی شود؛ پس این در ملکیت چه اثری دارد؟ ملکیت عقلانی نیز که تابع اثر است پس در اینجا لغو است و وجود ندارد.

دو اشکال به دفاع برخی از علمای معاصر

ما ایشان را به دو جهت مؤاخذه کردیم:

اشکال اول: عدم بررسی ترتب آثار ادعا شده

اول اینکه آثاری را که بر ملکیت وقف مترتب کرده اند بیان نفرمودید. حتی تصویری از آثاری که ممکن است مترتب شود نیز ارائه ندادند در حالی که مرحوم صاحب عروه چند اثر که در کلمات اصحاب آمده بود مطرح کرده و در مقام اشکال فرمود ترتب این آثار به نظر ما درست نیست. مانند وجوب نفقه مملوک بر واقف، لزوم پرداخت زکات فطره مملوک بر واقف و عدم جواز پرداخت زکات به مملوک که برخی این ثمرات را مترتب دانسته اند ولی ایشان نپذیرفتند. پس یک اشکال به ایشان این است که چرا ثمرات را بررسی نکردید.

اشکال دوم: عدم اثبات بی اثری در فرض پذیرش ثمره توسط برخی از فقهاء

اشکال دوم این است که بفرض که عده ای مانند مرحوم سید یا شما ترتب این ثمرات را نپذیرید. اما آیا این دلیل بر لغویت اعتبار ملکیت است؟

امروز می خواهیم به بررسی درستی این نوع استدلال بپردازیم و ثابت کنیم این نحوه استدلال صحیح نیست هر چند در کلمات فقهاء شایع است.

نحوه استدلال این است که مانند صاحب عروه ترتب اثر بر اعتبار ملکیت عین موقوفه برای واقف را نفی کنیم و بخواهیم با آن اعتبار ملکیت را لغو بدانیم. البته مرحوم سید در نهایت نفرمودند ملک نیست بلکه با تمسک به نقضهای این استدلال امکان ملکیت را در فرض عدم ترتب اثر پذیرفتند. ولی برخی از فقهاء می خواهند با تمسک به نبود اثر، تفاوت بین وقف مؤبد و منقطع الآخر را توجیه کنند و اعتبار ملکیت را لغو بدانند.

اشکال ما این است اگر چند فقیه مانند این مستدلین ترتب اثر را نفی کنند برای اثبات عدم ترتب اثر کافی است؟ بفرض که چند فقیه بفرمایند اگر این مملوک وقف مؤبد شده باشد نفقه اش بر واقف نیست، یا بفرمایند زکات فطره عبد موقوف بر مالک نیست یا قائل شوند به عبد موقوف می توان زکات داد اگر چه مملوک فرد دیگری باشد. آیا صرف انکار ترتب آثار توسط این افراد برای اثبات لغویت اعتبار ملکیت کافی است؟

این ادعا خیلی عجیب است. اعتبار ملکیت کار عقلاء است بر فرض که عده ای از فقهاء قبول نداشته باشند در مقابل جمع کثیری از فقهاء ترتب این آثار را می پذیرند که در عبارات بزرگانی مانند مرحوم صاحب جواهر، مرحوم صاحب

حداثت و مرحوم صاحب شرایع گذشت. برخی تصریح کردند و برخی اطلاق کلامشان دال بر این بود که حتی در فرض وقف مملوک نیز این آثار بر ملکیت مملوک مترتب است.

پس وقتی جمعی از فقهاء ثمره را مترتب می دانند باز اعتبار ملکیت توسط عقلا و امضاء آن توسط شارع ثمره ندارد و لغو است؟

برای اینکه اعتباری از اعتبار بودنش خارج شود و بگوئیم این اعتبار ثمره ندارد باید هیچ ثمره ای نداشته باشد. اگر فی الجمله نیز ثمره داشته باشد برای خروج از لغویت کافی است. لازم نیست همه ترتب اثر را بپذیرند. همینکه در مورد برخی ثمره دارد کافی است و دیگر این اعتبار لغو نیست.

عدم منافات اعتبار عقلائی با عدم ترتب اثر شرعی

حال می خواهیم همین اشکال را قدری تعمیم دهیم، فرض کنیم تمام فقهاء متفق باشند بر اینکه هیچ اثر شرعی بر ملکیت واقف بر عین موقوفه مترتب نیست و فرض کنیم لازمه اتفاق بر عدم ترتب اثر نیز این باشد که واقعا و در شرع اسلام اثری بر این ملکیت مترتب نیست - هر چند بین فتوی و واقع فاصله است و فتوی غیر از واقع است - پس فرض این است که از این اجماع کامل همه فقهاء که می گویند هیچ اثر شرعی بر مالکیت واقف در وقف مؤبد مترتب نیست یقین می کنیم که در شرع اسلام چنین ملکیتی امضاء نشده است؛ به نظر می رسد حتی این هم برای نفی اعتبار ملکیت عقلا کافی نیست. زیرا آثاری که عقلاء بر اعتبار ملکیتشان مترتب می دانند منحصر در وعاء شرع اسلام نیست. مثلا عقلاء برای حیازت اعتبار ملکیت کرده اند. فرض کنیم شارع مقدس ملکیت حیازت را امضاء نکرده باشد، غایتش این است که شرع اسلام امضاء نکرده، اما اعتبار عقلائی که لغو نیست. شارع ما اعتبار نکرده، نهایت این است که در شرع اسلام ملک مسبب از حیازت یا تحجیر نداریم اما نمی توانیم ادعا کنیم اعتبار عقلائی لغو است.

بنابراین این نحوه از استدلال صحیح نیست. ملکیت یک اعتبار عقلائی است، و همانطور که در کلمات برخی آمده است اعتبارات عقلائی یطلب بنفسه اثرا ما عقلائیا أو شرعیا. ظاهرا در فرمایش سید او شرعیا ندارد ولی برخی از فقهاء معاصر می فرمایند: «الملکیة امر اعتباری تطلب لنفسها الاثر العقلائی أو الشرعی». 'ما این قید او الشرعی را نمی فهمیم به چه معنا است. فرض کنید شارع این ملکیت را نپذیرفت نهایت این است که ما می توانیم گزارش کنیم که در اسلام ملکیت

ناشی از حیات امضاء نشده است، اما نمی توانیم ادعا کنیم اعتبار عقلائی چون اثر ندارد لغو است. چون عقلاء قبل از اسلام نیز ملکیت با حیات داشته اند ولو اسلام آن را نپذیرد پس اعتبار ملکیت لغو نیست. در نتیجه این سبک استدلال درست نیست.

عدم مؤونه زائد در جعل ملکیت برای مطلق از ذو اثر و بدون اثر

حالا می خواهیم قدری فراتر رفته و مطلب بسیار دقیقی را مطرح کنیم.

پرسش این است که آیا مؤونه جعل برای مطلق متفاوت است با مؤونه جعل برای حصه؟ مثلاً اگر در بحث وقف قائل باشیم در وقف مؤید اعتبار ملکیت لغو است اما در وقف منقطع الآخر اشکال ندارد پس ما ماهیتی داریم به نام وقف، که اعتبار ملکیت برای یک حصه آن لغو و برای حصه دیگر ذو اثر است؛ سؤال این است که اگر ما ملکیت را برای طبیعت وقف انشاء کنیم یا اعتبار کنیم و بگوئیم در مطلق وقف، ملک وجود دارد یعنی منفعت یا انتفاع عین موقوفه به موقوف علیهم منتقل می شود ولی ملک واقف زائل نمی شود؛ آیا مؤونه این جعل برای مطلق وقف با مؤونه جعل برای خاص و حصه منقطع الآخر متفاوت است؟ و اگر مؤونه ها یکسان بود آیا اشکالی دارد که عقلاً و به تبع آن شارع برای طبیعت وقف جعل ملکیت کنند ولو در یک حصه اثر نداشته باشد؟ به بیان دیگر آیا عدم ترتب اثر بر یک حصه، موجب لغویت جعل برای طبیعت می شود؟

استفاده شهید صدر از این بحث در مباحث الفاظ

در مباحث الفاظ در بحث اینکه آیا الفاظ برای طبیعت معنا وضع شده اند یا حصه مراده که مرحوم محقق خراسانی قائل به وضع برای طبیعت معنا شده اند «لطبيعة المعنى لعدم امکان تقييد المعنى بارادة المستعمل». مرحوم محقق اصفهانی و ظاهراً مرحوم محقق عراقی هر دو تصریح می کنند که الفاظ به نحو قضیه حینیه یا حصه توأمه برای معنا در حین کونها مراده وضع شده است. چرا این نظر را قائلند؟ چون وضع در حصه غیر مراده لغو است.

مرحوم شهید به استدلال این دو بزرگوار به لغویت حصه غیر مراده اشکال می کند که ما نمی خواهیم الفاظ را برای خصوص حصه غیر مراده وضع کنیم تا لغو باشد. ما می خواهیم الفاظ را برای طبیعت یعنی طبيعة المعنى وضع کنیم و وضع برای نفس طبیعت مؤونه زائدی از وضع برای حصه مراده ندارد. مولا می خواهد انشائی انجام دهد به جای اینکه برای

حصه مراده انشاء کند برای نفس طبیعت انشاء می کند. شما نمی توانید بگوئید این انشاء لغو است. فرض کنیم بتوانیم معنا را نه به نحو تقييد که محال بدانید بلکه به نحو قضیه حینیه مضیق کنیم بگونه مراده و بگوئیم أنَّ الالفاظ وضعت للمعنی فی حین کونها مراده لأنَّ الوضع لطبیعة المعنی لغو. آیا این حرف درست است که وضع برای نفس المعنی مئونه ای زائد بر وضع برای طبیعت مراده دارد؟

مرحوم شهید صدر منکر این مئونه زائده اند.

تفصیل بین موارد انحلال در طبیعت و غیر آن

در حدود سی سال پیش که این بحث را بررسی می کردیم اذعان کردیم که در چنین مثالهایی مانند طبیعت معنا که در آنها انحلال نیست حق با مرحوم شهید صدر است. ولی در قضایای انحلالی نمی توان حرف ایشان را پذیرفت.

ما با همین بحث انحلال به خطابات قانونیه حضرت امام نیز اشکال کردیم و گفتیم نمی شود تکالیف قضایایی شبیه قانون باشد و انحلالی نباشد، زیرا تکالیف باید بر اساس مکلفین منحل شود تا اضافه به مکلف پیدا کند. مثلاً المکلف علی الظاهر منحل می شود. مرحوم امام می فرمایند موضوع قانون المکلف است لذا کاری به افراد مکلفین و خصوصیات آنها نداریم. در صورتی که به نظر می رسد این مطلب صحیح نیست زیرا مکلف کلی که مکلف نمی شود، تک تک مکلفین مکلف می شوند ولو از باب تطبیق عنوان مکلف بر هر یک از آنها. آیه شریفه «و الله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً»^۱ المستطیع را موضوع حکم قرار می دهد. و این عنوان باید منحل شود به مستطیع های بالحمل الشایع خارجی تا تکلیف متوجه آنها شود، و الا کلی المستطیع در عالم مگر مکلف می شود؟ پس حساب آنجا فرق می کند.

اما در مثل طبیعت معنا، نمی خواهیم به حصص معنا منحلش کنیم. می خواهیم لفظ را وضع کنیم برای نفس الطبیعة؛ برای نفس المعنی بدون انحلالش به کثرات در خارج. حل پرسش این است که اگر حصه غیر مراده اثر نداشته باشد، آیا جعل لفظ برای نفس الطبیعة مئونه ای ازید از جعل لفظ برای حصه مراده دارد؟ ظاهراً این گونه نیست.

حال در بحث حاضر نیز می خواهیم بگوئیم جعل ملکیت برای طبیعت عین موقوفه و بقای آن در ظرف بعد وقف، نسبت به جایی که این جعل مختص به وقف منقطع الآخر باشد قطعاً مئونه زائدی ندارد. اینکه عقلاء از اول بگویند در وقف ملک خارج نمی شود یا اینکه بگویند در منقطع الآخر خارج نمی شود چه تفاوتی دارد؟

حال که این دو تفاوت ندارند از باب لغویت نمی توان عدم اعتبار ملکیت برای وقفهای مؤبد را اثبات کرد. چون جعل ملکیت برای طبیعت هم مانند جعل ملکیت برای حصه منقطع الآخر است. مگر اینکه کسی قائل شود این طبیعت نیز منحل می شود آن هم به صورت انحلال موضوعی مانند انحلال عنوان المکلف نه به صورت انحلال در باب متعلق تا بتواند لغویت را تصحیح کند. که به نظر ما چنین انحلالی وجود ندارد.

نتیجه اینکه ما در مقابل کسانی که در توجیه تفکیک حضرت امام بین وقف مؤبد و وقف منقطع الآخر که مستفاد از کلمات مرحوم صاحب عروه است به مسلوب المنافع بودن وقف مؤبد و لغویت اعتبار تمسک کرده اند چند اشکال داریم: اولاً عدم ترتب اثر بر ملکیت عین موقوفه در وقف مؤبد نظر شخصی شما است و همه فقهاء آن را نمی پذیرند و وقتی همه قائل به عدم ترتب اثر نباشد جعل ملکیت لغو نیست. حتی در اسلام هم لغو نیست.

ثانیاً حتی اگر در شرع اسلام هم هیچ اثری مترتب نباشد به لحاظ عقلائی لغو نیست. شما به صرف عدم ترتب اثر شرعی حق ندارید بگوئید این اعتبار عقلائی إذا لم یکن له اثر عقلائی او شرعی لغو است. مگر اعتبارات عقلاء که قبل از شرع هم بوده اند تابع اثر شرعی است؟

و ثالثاً معلوم نیست که اعتبار ملکیت برای مطلق حصص وقف مئونه ازیدی از حصه منقطع الآخر داشته باشد تا عقلاء ملکیت را برای حصه مقیده وضع کنند نه برای مطلق. لذا عقلاء بقاء ملکیت واقف را برای مطلق وقف اعتبار کرده اند چه وقف منقطع الآخر باشد و چه مؤبد چون مئونه این دو تفاوتی ندارد. این راجع به این نحوه استدلال به نظر ما این فرمایش صحیح نیست.

استدلال دوم بر خروج از ملکیت

استدلال دومی نیز بیان شده که در کلمات مرحوم صاحب عروه به صورت تأیید آمده بود و در کلمات بعضی از معاصرین نیز با استناد به ایشان بیان شده که در روایات صدقه عین ینبع توسط امیرالمؤمنین آمده است «هی صدقه بتا بتلا فی حجیج بیت الله الحرام و عابر سبیلہ لا تباع و لا توهب» این صدقه بتا بتلا است که بت یعنی قطع، بتل هم یعنی مقطوع. پس در واقع امام این عین را از واقفش یعنی خودشان قطع کرده اند.

پاسخ استدلال دوم

پاسخ این استدلال روشن است زیرا حتی اگر معنای روایت این باشد (که در این وقف انقطاع از مالک ایجاد می شود) حمل می شود بر یک صدقه خاصی که حضرت امیر (ع) انجام داده اند ولی اثبات نمی کند که تمام وقفها و ماهیت وقف این خاصیت را دارد که رابطه مالک با ملکش قطع می شود (پس یک احتمال این است که ماهیت وقف در آن انقطاع ملک از مالک نیست مگر در مواردی که بتا بتلا گفته شده است)

(احتمال دیگر اینکه) یا بگوئیم اصلا وقف ماهیتش اینطور نیست ذکر بتا بتلا هم دلالتی بر قطع از مالک بالمره نمی کند.

این استدلال هم که روشن است.

استدلال سوم بر خروج از ملک

استدلال سومی نیز بیان شده که بسیار عجیب است. ما این اشکال را به صورت منقح تر از مرحوم شیخ انصاری نقل کردیم هر چند این بیان نیز صحیح نبود. استدلال این است که خروج از ملک نه از باب لازمه تملیک مالکی است، و نه از باب حکم شرعی مستقل بلکه به دلالت عرفی است. ما به این بیان مرحوم شیخ اشکال کردیم. و در کمال تعجب برخی از بزرگواران این استدلال را تکرار کرده اند:

«إن زوال الملك مدلول التزامي للوقف عرفا و إن لم يكن مدلول مطابقيا (تا اینجا اشکالی غیر از ایرادی که به مرحوم شیخ گرفتیم ندارد. مهم تعلیل ایشان است:) لأن حقيقة الوقف إيقاف الموقوف للموقوف عليه و معلوم أن هذا النوع من الإيقاف المؤبد يلزم خروجه عن ملك الواقف»^۱

اشکال به استدلال سوم

این استدلال عجیب است. اگر معلوم است که این نوع از ایقاف مؤبد، ملازم با خروج ملک از ملک واقف است دیگر چه نیازی به دلالت التزامی است. از کجا معلوم شده در این قسم وقف مؤبد خروج از ملک واقف وجود دارد؟

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء ، صفحه: ۶۱

پس اول اینکه شما از کجا این ملازمه با خروج را فهمیدید، که معلوم این نوع از ایقاف مؤبد یلازم خروجه عن ملک الواقف؟! اگر معلوم است که دیگر چه استدلالی می خواهید کنید؟ اینکه مصادره محض محض است. بحث در این بود که آیا این ایقاف مؤبد ملازم با خروج از ملک هست یا نه. این سؤال و مدعای بحث است. شما می فرمائید و معلوم آن هذا النوع من الايقاف المؤبد یلازم خروجه عن ملک الواقف. اگر معلوم است از دیگر نیاز به استدلال ندارد در صورتی که این روشن نیست و نیاز به دلیل دارد و بدون آن مصادره به مطلوب است.

بعد هم از کجا معلوم است؟ آنهایی که مدلول التزامی درست می کنند از یک طرف باید بروند سراغ واقف تا بعد بروند سراغ اوفوا بالعقود. ایشان راه های دیگری رفته است. باید بگویند این وقف واقف علاوه بر مدلول مطابقی مدلولی التزامی بر خروج عین موقوفه از ملک واقف نیز دارد در رتبه بعد باید ثابت کنند اوفوا بالعقود وقف را می گیرد حال یا از این باب که وقف عقد است و یا از باب اینکه اوفوا بالعقود شامل ایقاعات نیز می شود و بعد باید اثبات کنند این دلیل هم مشامل مدلول التزامی می شود و هم مدلول مطابقی را می گیرد.

این استدلال در بیان مرحوم شیخ انصاری بود. که ما هر دو را اشکال کردیم، گفتیم اولاً کسی که وقف می کند و مفاد وقف را ایقاف می داند یا مثل ما مجعول اصالی می داند، چه کسی می گوید لازمه عرفی اش خروج از ملک است؟ این را شما از کجا آوردید. ثانیاً اگر این هم باشد، چه کسی می گوید اوفوا بالعقود اینجا را می گیرد؟ زیرا هم عقد بودن وقف اول کلام است و هم اینکه اوفوا بالعقود شامل عقود و ایقاعات هر دو شود نیز اول کلام است و دلیلی بر این جهت ندارید. لذا اثبات خروج از ملکیت از این باب نیز مشکل است.

منتهی آن اشکال به کسانی وارد بود که مانند مرحوم شیخ می خواستند وقف را با دلالت التزامی تحت اوفوا بالعقود قرار دهند. ولی در کلام این عالم معاصر رشته بحث در هم پیچیده است. می گویند زوال ملک مدلول التزامی است. می گوئیم خب مدلول التزامی است ثم ماذا؟ باید می گفتند که پس تحت اوفوا بالعقود می آید و اوفوا بالعقود هم مدلول مطابقی را در بر می گیرد و هم مدلول التزامی را. ولی رفته اند سراغ چیز دیگری، گفتند حقیقت وقف ایقاف است و در این نوع از ایقاف مؤبد معلوم است که یلازم الخروج. می گوئیم خب اگر معلوم است که دیگر دنبال چه بودید.

نتیجه بحث در صدر مساله ۱۷

پس نتیجه بحث ما این شد که حرف ما در مورد صدر مسئله ۱۷ روشن است. با توجه به مجموع ادله اعم از اجماع و برخی لوازم استدلالهایی که انشاءالله در بحث بعد می آید و بعضی ادله دیگر، به نظر ما شبهه ای وجود ندارد که در هر دو قسم وقف خروج از ملک تمام است.

تفکیکی که در کلام مرحوم امام آمده و ظاهراً متخذ است از فرمایش مرحوم صاحب عروه در ملحقات عروه یا شاید برخی عبارتهای دیگر ایشان که مخالف حرف نهائی ایشان نیز هست، با این استدلالهایی که طرح شده نمی توان این تفکیک را اثبات کرد. به نظر ما این تفکیک هم ناتمام است حتی آن استدلالها هم همه ناتمام است.

این راجع به صدر بحث.

عدم خروج از ملکیت در بحث حبس

بحث بعدی عدم خروج عین محبوسه از ملک حابس در حبس است. حضرت امام می فرمایند: «بخلاف الحبس، فإنه باق معه علی ملک الحابس و یورث و یجوز له التصرفات غیر المنافیة لاستیفاء المحبّس علیه المنفعة الا التصرفات الناقلة».^۱ محبس علیه (بدون تشدید) هم شاید درست باشد، دوستان لغت را ببیند که احبس هم آمده یا نه. حبس که آمده است. حالا ما نقداً محبس علیه می خوانیم، اما نگاه کنند که احبس هم هست یا نه. حبس که در روایت نبوی هم آمده بود که حبس الاصل و سبیل الثمرة.

پس در حبس ملک باقی است و ارث هم برده می شود و تصرفات غیر منافی با استیفاء محبس علیه للمنافع هم جائز است. در منفعتی که به محبس علیه داده شده بحثی نیست. ولی برخی منافع دیگر را که منافاتی با استیفاء محبس علیه نداشته باشد استفاده حابس از آنها مانعی ندارد.

تصرفات ناقله حابس اشکال دارد

بله فرموده اند تصرفات ناقله اشکال دارد. مثلاً اگر حابس سکنای این منزل را حبس کرده برای شخصی در طول مدت عمرش دیگر نمی تواند این منزل را بفروشد. که البته به نظر ما جای بحث دارد.

دقت شود که بحث حاضر در فروش توسط حابس است نه محبس علیه زیرا روشن است که محبس علیه نمی تواند این عین را بفروشد. در روایات هم تصریح شده که او نمی تواند بفروشد ولی الان بحث سر حابس است و ضمیر هم به او برمیگردد.

اشکال در جواز رهن توسط حابس

بعد ایشان فرموده اند: «بل الظاهر عدم جواز رهنه ایضاً»، می گوید نه فقط تصرفات ناقله ممنوع است که حابس رهن هم نمی تواند بدهد. چرا؟ چون گویی وقتی رهن بدهد مرتهن می تواند طلبش را از این عین استیفاء کند و این با استیفاء منافع توسط محبس علیهم منافات دارد.

اشکال در بقاء مال بر ملک حابس در بعضی صور

ما در حبس بر خلاف وقف می گوئیم عین محبوسه در ملک مالک باقی است و تصرفات غیر منافی با حبس توسط حابس اشکال ندارد فقط نباید تصرفات ناقله انجام دهد و ارث هم برده می شود، الا در یک قسم از حبس مرحوم امام می فرماید: «بقاء الملك على ملك الحابس في بعض الصور محل من». یک نوع حبس وجود دارد که ایشان بقاء ملک را در آنجا محل منع می داند. مانند حبس بر کعبه، حبس بر مشاهد شریفه، که ظهورش در دوام است مانند وقف می شود. یعنی وقتی شما مثلاً خانه تان را حبس کردید برای مشاهد شریفه که منافعتش در آنجا خرج شود دیگر این منزل برای شما منفعتی ندارد، به خاطر اینکه همیشه این مکان شریف وجود دارد و برای همیشه منفعت این منزل برای آن است. ظاهرش این است دیگر. یا مشاهد شریفه که ظاهرش بقاء است. بنابراین از یک جهت شبیه وقف می شود. اینجا می فرمایند ظاهراً باید بگوئیم که ملک منتقل می شود.

این هم یک فرع دیگر.

خلاصه فروع مرتبط به بحث خروج یا عدم خروج ملک در حبس

پس چندین فرع مهم در لابلاهی همین چند سطر بود:

یکی اینکه در حبس ملک منتقل نمی شود علی الاصول. البته این تقریباً متفق علیه و مسلم است و ما روایتش را می خوانیم.

یک فرع دیگر این است که حالا اگر در حبس ملک باقی است تا منفعتش را حابس استفاده کند، آیا اشکال دارد که مسلوب المنفعة منتقل کند؟ ایشان میفرماید نمی شود. تصرفات ناقله نمی شود. می گوئیم چه اشکالی دارد که حابس مسلوب المنفعة منتقل کند؟ این یک فرع دومی است که باید روی آن تأمل کنیم.

فرع سوم جواز رهن است. می گویند حتی آقای حابس رهن هم نمی تواند بدهد. با اینکه رهن بما هو هو معنایش انتقال ملک و تصرفات ناقله للملک نیست، ولی همینکه مال مرهونه را در معرض انتقال قرار می دهد گوئی این هم با حبس منافات دارد.

فرع چهارم این است که در بعضی صور که حبس برای جاهایی می شود که دوام دارند آنجاها علی الظاهر می خواهد بگویند که باید ملک منتقل بشود. باید این فروع را بحث کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله»

باسمه تعالی

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس ۳۷۷

خلاصه گذشته ۳۷۷

ابواب روایات دال بر بقاء مال در ملک حابس ۳۷۸

باب دوم از کتاب السکنی و الحبس ۳۷۸

باب سوم از کتاب السکنی و الحبس ۳۷۹

باب چهارم از کتاب السکنی و الحبس ۳۸۰

جواز تصرفات غیر منافیه با استیفاء محبس علیه ۳۸۱

عدم جواز تصرفات ناقله ۳۸۱

عدم اشاره به بحث عدم جواز تصرفات ناقله در وسیله ۳۸۲

تنافی کلام امام ره با مطالب خاتمه کتاب الوقف ۳۸۲

توجیه استثناء امام ره ۳۸۴

عدم صحت این توجیه ۳۸۴

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس

خلاصه گذشته

بحث در فرع دومی بود که در مسئله ۱۷ طرح شده است. مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه بعد از تفصیل در وقف مؤبد و وقف منقطع الآخر، فرمودند که در حبس، مال به ملک حابس باقی می ماند «و یورث و یجوز له التصرفات غیر المنافیة لاستیفاء المحبس علیه المنفعة إلا التصرفات الناقلة» ۱.

بحث از تصرفات ناقله و رهن خواهد آمد. اما حکم به بقاء مال در ملک حابس تقریباً از مسلمات فقه است به حدی که شاید بتوان گفت که نیازی به مراجعه به روایات هم نیست، به خاطر اینکه وجهی برای خروج مال محبس از ملک حابس نیست. مگر این احتمال که شارع به جعل ابتدائی و بر خلاف قصد حابس، مال را از ملک حابس خارج کند که این احتمال در امور معاملی بسیار بعید است. چه اینکه حابس تنها مقداری از منافع مال را تملیک محبس علیه می کند یا انتفاعش را به

وی واگذار می کند و اصلاً مال را به وی تملیک نمی کند حال با فرض عدم انشاء مالک و علی رغم قصد و میل او، ادعای اینکه شارع در چنین معاملاتی که رضایت طرفین شرط است مال را به محبس علیه تملیک کرده است هر چند مستحیل نیست لکن امری بسیار بعید است.

پس این حکم امری مسلم و مطابق قواعد است که در کتاب الحبس روایات متعددی در این خصوص وجود دارد.

ابواب روایات دال بر بقاء مال در ملک حابس

در کتاب السکنی و الحبیس در جلد ۱۹ وسائل در چند باب روایات واضحی دال بر بقاء مال به ملک حابس وجود دارد.

باب دوم از کتاب السکنی و الحبیس

در باب دوم «باب أن السکنی تابعة لشرط المالك إذا وقَّتها بحياته أو حياة الساكن أو مع عقبه أو مدة معينة كانت لازمة، فإذا انقضت المدة رجع المسکن الى المالك». که البته این رجوع مسکن به مالک نه به معنای رجوع ملک بلکه به معنای بازگشت عین به ید تصرف مالک است تا بتواند منافع ملکش را استیفا کند.

روایت از شیخ صدوق است باسنادش از «محمد بن ابی عمیر عن ابان بن عثمان عن عبدالرحمن بن ابی عبدالله عن حمران قال: سئلته عن السکنی والعمری فقال: الناس فيه عند شروطهم (یعنی همین چیزی که عقلانی هست هم در متن روایت آمده است، هر شرطی و قراری در حبس گذاشته اند به آن قرار پایبند باشند)، إن كان شرط حياته فهي حياته و إن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى یفنوا ثم یرد الى صاحب الدار»^۱.

مسلم است برگشتن این مال از این باب نیست که از ملک خارج شده بود سپس برمیگردد، بلکه از باب این است که ملک مالک تحت ید خودش قرار داده می شود برای استیفاء منافعش.

این روایت را مرحوم شیخ و مرحوم کلینی نیز به اسناد خودشان روایت کرده اند.

باب سوم از کتاب السکنی و الحیس

در باب سوم، باب أن الدار لا یملکها من جعل له سکنها و کذا المملوک الحیس. عنوان باب که استفاده مرحوم صاحب وسائل از روایات باب است صریح در مدعی است. سکنی و عمری و رقبی بخشی از حبس هستند و در اینها، من جعل له السکنی مالک مال نمی شود، و کذا المملوک الحیس.

در این باب از مرحوم کلینی نقل شده است:

«محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعیل عن محمد بن الفضیل عن ابی الصلاح عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سئل عن السکنی و العمری، فقال: إن کان جعل السکنی فی حیاته فهو کما شرط، و إن کان جعلها له ولعقبه من بعده حتی یفنی عقبه فلیس لهم أن یبیعوا و لا یورثوا ثم ترجع الدار الی صاحبها الاول»^۱

از سکنی و عمری سؤال شده است، امام علیه السلام در پاسخ فرموده اند اگر سکنی برای ظرف حیات شخص محبس علیه قرار داده شده، فهو کما شرط، یعنی تا زمانی که او زنده است در این خانه می نشیند و بعد از آن این خانه به حبس برمیگردد. و اگر برای او و نسلهای بعدش قرار داده شده است باز این شرط درست است و فرزندان محبس علیه می توانند از این سکنی استفاده کنند تا اینکه منقرض شوند و خانه به صاحب اول برگردد. نکته مهم دیگر در روایت این است که این ساکنین نه حق دارند این مال را بفروشند و نه حق دارند به ارث بگذارند و با اینکه در روایت به عدم ملکیت تصریح نشده است ولی روشن است که معنای اینکه نمی توانند بفروشند و نمی توانند به ارث برسانند این است که خانه از ملک حبس خارج نشده است.

ممکن است اشکال کنید در وقف منقطع الآخر نیز بنابر برخی از اقوال عین موقوفه به واقف باز می گردد با اینکه از ملک واقف خارج شده بود. پس بازگشت با خروج از ملک نیز سازگار است. پاسخ این است که در روایت امام علیه السلام فقط شرط را تأیید فرموده اند و شرط این بود که فقط سکنی در اختیار محبس علیه باشد. در انشاء حبس تملیکی رخ نداده بود تا امام آن را امضاء کرده باشند. فرمودند همانطور که شرط شده است وفاء کنید. فإن کان شرط السکنی فی حیاته فهو کما شرط، پس سکنای خانه را برای محبس علیه قرار داده اند نه ملکیت آن را.

بنابراین هم از شرطی که گفته اند وفاء دارد و هم از اینکه حق فروش و ارث ندارد که در واقع تأیید همان شرط است روشن می شود که مال حبس شده از ملک مالک خارج نمی شود.

روایات متعدد دیگری نیز رسیده است که در آنها راوی از امام علیه السلام پرسیده است که آیا شخص می تواند دوستش را یا کسی را برای مدتی در خانه خودش قرار بدهد؟ امام می فرمایند: بله در ایام حیاتش این کار جائز است. البته دلالت این روایات بر مدعا به ضمیمه همان نکته است که در روایت قبل نیز بیان شد که میزان تأیید امام به میزان شرط حابس است، مازاد بر استفاده از منافع که تملیک به محبس علیه است اصلاً مورد انشاء و سوال نبوده تا بخواهد توسط امام تأیید شود.

باب چهارم از کتاب السکنی و الحبس

عنوان باب چهارم این است: «باب أن من أسکن شخصاً و لم یعین وقتاً فله أن یخرجه متى شاء وأن للمالك بیع الدار و لا تبطل السکنی».

به لحاظ فقهی این بحث وجود دارد که آیا مالک می تواند مالش را به صورت مطلق حبس کند و وقتی را معین نکند و بگوید «لک سکنی داری» یا خیر؟

عده زیادی از فقها چنین انشائی را صحیح می دانند و اثرش این است که بر حابس واجب می شود به میزان صدق مسمای سکنی این خانه را در اختیار محبس علیه قرار دهد و نسبت به مازاد از مسمی اختیار دارد یعنی هر وقت خواست می تواند محبس علیه را از خانه اش اخراج کند. مرحوم صاحب وسائل نیز عنوان باب را مطابق همین نظر قرار دادند «فله أن یخرجه متى شاء و أن للمالك بیع الدار و لا تبطل السکنی».

سه روایت در این باب چهارم آمده است، مضمون هر سه روایت تقریباً این است که شخص می تواند برای شخص دیگری سکنای خانه خودش را قرار دهد، و اگر وقت برایش قرار نداده جائز است که هر وقت می خواهد او را بیرون کند. اما اینکه «أن للمالك بیع الدار و لا تبطل السکنی» در عبارات روایات نیست معلوم نیست مرحوم صاحب وسائل این را از کجا می فرمایند.

احتمال دارد این روایات تقطیع شده باشد و در بخشهای حذف شده این مفاد آمده است لذا مرحوم صاحب وسائل به این صورت استنباط کرده اند. البته روایت دیگری نیز وجود دارد که در بحث بعدی یعنی بحث از تصرفات ناقله آن را بررسی می کنیم. روایت در کتب اربعه به صورت صحیح یا معتبر آمده است (به خاطر اختلاف مبانی در ابراهیم بن هاشم)

که به عدم حق فروش تصریح می کند اما در روایات این باب در هیچیک از سه روایت بحث بیع و عدم بطلان سکنی نیست.

نتیجه اینکه مضمون مجموع این روایات این است که حابس هر وقت خواست می تواند محبس علیه را بیرون کند، گرچه باز این فرض محال نیست که ملک به محبس علیه منتقل شده باشد و هر وقت حابس او را بیرون کرد دار به ملکش بازگردد ولی روشن است که خلاف ظاهر است. ظاهر این روایات این است که حابس مالک خانه است و به اندازه ای برای محبس علیه از منفعت و انتفاع شرط کرده است از تحت اختیار او خارج شود ولی مال به ملک حابس باقی است. لذا پس از اینکه زمان انتفاع و منفعت محبس علیه تمام شد بر می گردد به مالک از این حیث که تحت ید او قرار می گیرد تا منافع ملکش را استیفاء کند.

بنابراین اصل این حرف که فرموده اند بخلاف الحبس فإنه باق معه علی ملک الحابس و یورث، در این شکی نیست هم به لحاظ مضمون روایات و هم به لحاظ مقتضای خود عقد حبس و هم به لحاظ مقتضای فتاوی فقهاء، ظاهراً اشکالی در این جهت نیست الا دو سه نکته ای که خواهد آمد.

جواز تصرفات غیر منافیة با استیفاء محبس علیه

فرع بعدی که در این مسئله مطرح شده این است که «و یجوز له التصرفات غیر المنافیة لاستیفاء المحبس علیه المنفعة» برای حابس تصرفات غیر منافیة با استیفاء منفعت از ناحیه محبس علیه اشکال ندارد. این حکم نیز مطابق قاعده و واضح است؛ چه حبس یا عمری یا سکنی یا رقبی را عقد بدانیم و چه ایقاع زیرا اگر گفتیم به حسب انشاء اینها ملک سر جای خودش باقی است و تنها منافعی که شرط شده است لزوم وفاء دارد و در اختیار محبس علیه قرار می گیرد اگر منفعتی مازاد از ماضی باشد که برای مالک قابل استیفاء است علی القاعده مالک مجاز به استیفاء آن است تمسکاً به «الناس مسلطون علی اموالهم» و ادله دیگری که به مالک اجازه می دهد در ملک خودش تصرف کند. آنچه مانع استیفاء مالک است فقط استیفاء محبس علیه نسبت به منفعتی است که به او واگذار شده. در این حصه استیفاء مالک نباید منافی با استیفاء او باشد اما در منافعی که طبق فرض منافی است ندارد و جهی برای منع نیز وجود ندارد.

عدم جواز تصرفات ناقله

در ادامه مسأله حضرت امام می فرمایند «و یجوز له التصرفات غیر المنافیة لاستیفاء المحبس علیه المنفعة الا التصرفات الناقلة» ظاهراً روشن است که مقصود تصرفات ناقله للعین است نه ناقله للمنفعة. هر چند ممکن است کسی بخواهد عبارت

را حمل کند بر ناقله للمنافع؛ که خیلی بعید است، چون در ادامه می فرمایند «فإنها لاتجوز بل الظاهر عدم جواز رهنه» اینجا دیگر قطعی است که رهن عین است زیرا منفعت را نمی توان رهن داد. پس حضرت امام تصرفات ناقله را منع کرده اند.

عدم اشاره به بحث عدم جواز تصرفات ناقله در وسیله

اولین نکته ای که باید به آن توجه کنیم این است که در وسیله مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی بحثی از عدم جواز تصرفات ناقله نیست و این از اضافات حضرت امام است.

در وسیله النجاة آمده بود: «الفرق بین الوقف و الحبس أن الوقف یوجب زوال ملک الواقف أو ممنوعيته من جميع التصرفات و سلب انواع السلطنة منه حتی أنه لا یورث، بخلاف الحبس فإنه باق علی ملک الحابس و یورث و یجوز له جميع التصرفات غیر المنافیة لاستیفاء المحبس علیه المنفعة»^۱ در این مطالب نظر امام با متن وسیله یکی است جز حواشی ای که قبلاً عرض شد ولی در این انتهای بحث حضرت امام «الا التصرفات الناقلة و الرهن» را استثناء کرده است. و در ادامه نیز بقاء مال در ملک حابس در بعضی فروض را منع کرده اند. یعنی در اینجا سه فرع اضافه شده که در متن وسیله نیست و قابل توجه است زیرا به نظر می رسد صحیح نیست و به هیچ صورت نمی توان با آن همراهی کرد.

تنافی کلام امام ره با مطالب خاتمه کتاب الوقف

اولاً عرض کنم: این متن مسئله ۱۷ امام در تحریر با آنچه که ایشان در بحث حبس آورده اند ظاهراً سازگار نیست. در مسائل مربوط به حبس خاتمه ای آورده اند با عنوان: «خاتمة تشتمل علی امرین: احدهما فی الحبس و ما یلحق به، ثانيهما فی الصدقة». یکی از این دو خاتمه در تحریر الوسيلة مربوط به حبس و اخواتش که عبارت اند از عمری و سکنی و رقبی که ماهیتشان با حبسی یکی است. در مسئله ۱ به بیان چستی حبس پراخته اند. در مسئله ششم از مسائل حبس ایشان فرموده اند: «لو جعل داره سکنی أو عمری أو رقبی لشخص لم تخرج عن ملکه، و جاز بیعها و لم تبطل العقود الثلاثة، بل يستحق الساکن السکنی علی النحو الذی جعلت له، و کذا لیس للمشتري ابطالها و لو کان جاهلاً فله الخيار بین فسخ البیع و امضائه بجميع الثمن، نعم فی السکنی المطلقة بعد مقدار المسمى یبطل العقد و ینفسخ اذا ارید بالبیع فسخه و تسلیط المشتري علی المنافع، فحیثئذ لیس للمشتري الخيار»^۲

۱ وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)؛ ص: ۵۳۲/۵۳۱

۲ تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۸۷، ۸۸، ۸۹

در اینجا می فرمایند اگر کسی برای دیگری جعل سکنی و عمری و رقبی در دارش کرد این دار از ملکش بیرون نمی رود. در ادامه می فرمایند بیع این خانه جایز است در حالی که عمری و سکنی و رقبی قسمی از حبس هستند. حبس، مطلق جعل منافع و حبس منافع برای شخصی یا مکانی است، و سکنی و عمری و رقبی مخصوص دار هستند. فرقشان در این است، و گرنه ماهیتشان از یک سنخ است. در این مساله ۶ فرموده اند جاز بیعها منتهی وقتی فروختند عقود ثلاثه باطل نمی شوند، بلکه همینطور مسلوب المنفعة به مشتری منتقل می شود. بل يستحق الساكن السکنی علی النحو الذی جعلت له. ساکن نیز همینطور مستحق سکناش هست به همان نحوی که برای او قرار داده شده است مثلاً اگر گفته اند طيلة حیاته که می شود عمری، یا گفته اند سکنی برای او به مدت سه سال هست که می شود رقبی، یا به صورت سکنای مطلق انشاء کند اگر گفتیم امکان دارد که خیلی ها قائلند امکان دارد، مثلاً بگویند لک سکنی الدار به قول مطلق و زمان تعیین نکند، که گفته اند سکنی برای ساکن به قدر مسمی محقق می شود، یعنی همین قدر که سکونت مائی کند به سکنای مطلق عمل شده است. بعد فرموده اند: و کذا لیس للمشتري ابطالها، مشتری حق ندارد عقد سکنی و رقبی و عمری را ابطال کند؛ چون مسلوب المنفعة به او منتقل شده است. مگر اینکه به این سکنی جاهل باشد و بایع به او نگفته باشد که من شخصی را در این خانه اسکان کرده ام یا اعمار کرده ام. که در این صورت خیار پیدا می کند «ولو كان جاهلاً فله الخيار بین فسخ البیع و امضائه» می تواند بیع را فسخ کند یا به جمیع ثمنش امضاء کند و نمی تواند ارش بگیرد. پس اگر سکنی مطلق بود محبس علیه فقط به مقدار مسمی حق دارد لذا حابس با همین بیع می تواند نسبت به باقی منافع قصد فسخ سکنی کند.

حال عرض ما این است که نفهمیدیم که چطور حضرت امام در مساله ۱۷ می فرمایند يجوز له جمیع التصرفات الا التصرفات الناقلة. در حالی مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی چنین مطلبی ندارد. و خود مرحوم امام باز در مسئله ۶ در مورد سکنی و اخواتش عکس این نظر را اختیار کرده است و واضح است که سکنی و رقبی و عمری فرقی با حبس ندارد. گرچه آن روایتی که ما می خوانیم مربوط به سکنی است، ولی خیلی ها به عمری و رقبی هم تعمیم داده اند. علی الظاهر در کل حبس می آید، که بحثش خواهد آمد.

پس اشکال این است که مطالب ایشان با هم سازگار نیست.

توجیه استثناء امام ره

در مورد اینکه چه توجیهی برای این فرمایش امام ره که الا التصرفات الناقلة می توان ارائه داد، ظاهراً وجهش این است که اگر حابس تصرفات ناقله کند و عین محبوسه به مشتری منتقل شود و مشتری بخواهد از آن انتفاع ببرد مانع استفاده ساکن از سکناش می شود. پس در واقع نتیجه فروش با استیفاء منفعت از ناحیه محبس علیه تراحم دارد.

عدم صحت این توجیه

اما خود ناظرین به کلام امام در همین بحث تحریر هم تذکر کرده اند و حرف واضح و روشنی نیز هست که عین می تواند به نحو مسلوب المنفعة به مشتری منتقل شود. مشتری حق تراحم ندارد در منفعتی که قبل از عقد بیع با حبس بایع به محبوس علیهم منتقل شده است. وقتی مشتری با علم به اینکه بایع دار را به سکنی یا عمری یا رقبی داده است آن را خریده پس دار به صورت مسلوب المنفعة به او منتقل می شود. مثل باب اجاره، که اگر شخصی خانه ای را ده ساله اجاره داده و سر سال سوم خانه را می فروشد، با علم مشتری به اینکه این خانه هفت سال دیگر در اجاره است بایع خانه را مسلوب المنفعة فروخته و بیع درست است و مشتری حق ندارد مستأجر را از منزل بیرون کند چون مستأجر برای ده سال مالک منافع این دار است. در حبس و سکنی و اخوات آن هم همینطور است، چون عقد بعد القبض لازم است. وقتی شما قبض کردید دیگر یلزم علی شخص الحابس که وفاء کند به این عقدش. بنابراین وجهی ندارد که بگوئیم با فروش باطل می شود یا با فروش حق فسخ برای آقای مشتری نسبت به این عقود ثلاثه هست.

بنابراین جوابش روشن است و خلاف فرمایش خود ایشان هم هست. و روایت هم دارد در سکنی که روایت خیلی خوبی هم هست که انشاء الله جلسه بعد می خوانیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله»

باسمه تعالی

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس ۳۸۵

خلاصه گذشته ۳۸۵

منصوص بودن بیع سکنی ۳۸۶

توجیه عبارت لا یملک ما اشتراه ۳۸۷

خلاصه اشکالات بر منع تصرفات ناقله ۳۸۷

توجیه دوم برای کلام امام ره و جواب از آن ۳۸۸

توجیه سوم برای کلام امام ره و جواب از آن ۳۸۸

فرع چهارم مسئله ۱۷: عدم جوار رهن مال محبوسه ۳۸۹

عدم اشکال رهن مال محبوسه ۳۹۰

فرع پنجم مسئله ۱۷: منع از بقاء ملک بر ملک حابس فی بعض الصور ۳۹۱

صوری که ایشان برای منع در خاتمه بیان می کنند ۳۹۱

دلیل فرع پنجم ۳۹۲

جواب از استدلال بر فرع پنجم ۳۹۳

استدلالی دیگر بر فرع پنجم و جواب از آن ۳۹۴

مسئله ۱۷: زوال ملک در وقف و حبس

خلاصه گذشته

بحث در ذیل مسئله ۱۷ بود. مرحوم حضرت امام قدس الله نفسه الزکیة فرمودند که حابس می تواند تصرفاتی را که منافی تصرفات محبس علیه نباشد انجام دهد، ولی تصرفات ناقله را (که علی القاعدة مقصود ناقله للعین است) نمی تواند انجام دهد.

در جلسه گذشته عرض شد اولاً این فرمایش با نظر ایشان در بحث سکنی و عمری ورقبی سازگار نیست. آنجا تصریح کرده اند که کسی که منزلش را به سکنی یا عمری یا رقبی داده می تواند این منزل را به صورت مسلوب المنفعه بفروشد. فروعات دیگری هم بود که بحثش گذشت.

عرض شد حداکثر توجیهی که می شود برای ادعای عدم جواز تصرفات ناقله بیان کرد این است که بگوئیم تصرفات ناقله از ناحیه حابس با استیفاء منفعت حبس شده از ناحیه محبس علیه منافات دارد.

منتهی جواب این توجیه خیلی روشن است وقتی این خانه به صورت مسلوب المنفعة به مشتری منتقل می شود مشتری حق ندارد مانع از تصرفات محبس علیه شود لذا از این جهت به نظر نمی آید که مشکل داشته باشد.

منصوص بودن بیع سکنی

علاوه بر اینکه مسئله بیع سکنی منصوص هم هست. در باب ۲۲ از کتاب الاجاره «باب أن بیع العین لا یبطل الاجارة و یجب أن یبین للمشتري» اینکه فروش عین موجب بطلان اجاره نمی شود بحث ما نیست، اما نکته جالب این است که گاهی روایات متضمن مطالبی است که در باب آن مطالب نیامده است. عجیب است که مرحوم صاحب وسائل در عنوان باب چهارم کتاب حبس عدم انتقال ملک در حبس و اینکه حابس می تواند عین محبوسه را بفروشد و اجاره بدهد را آورده بود ولی در هیچکدام از روایات آن باب صحبت از بیع نبود. لذا مناسب بود این روایت را نیز ذکر کنند.

روایت سوم از باب ۲۴ کتاب الاجاره از شیخ طوسی «بإسناده عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن ابن أبی عمیر عن حسین بن نعیم عن ابی الحسن موسی علیه السلام قال: سألته عن رجل جعل دارا سکنی لرجل ایام حیاته أو جعلها له و لعقبه من بعده، هل هی له و لعقبه من بعده کما شرط؟ قال نعم. قلت له فإن احتاج بیعها؟ قال نعم. قلت فینقض بیع الدار السکنی؟ قال لا ینقض البیع السکنی، کذلک سمعت ابی علیه السلام یقول قال ابو جعفر علیه السلام لا ینقض البیع الاجارة و لا السکنی ولكن تبیعه علی أن الذی اشتراه لا یملک ما اشتراه حتی تنقضی السکنی کما شرط و کذا الاجاره.»^۱

این روایت در هر دو کتاب مرحوم شیخ مضبوط است و علی الظاهر صحیح است، و مرحوم صدوق هم به اسنادش از محمد بن ابی عمیر نقل کرده، و مرحوم کلینی هم در کافی از علی بن ابراهیم نقل کرده، یعنی در هر چهار کتاب روایی ما نقل شده و علی الظاهر اسناد همه صحیح است.

در روایت سؤالات خیلی جالب و دقیقی مطرح شده است، شخصی سکنای منزلش را به شخص دیگری و فرزندش داده است، امام علیه السلام می فرماید کما شرط درست است. سائل سؤال می کند خب اگر نیاز پیدا کرد خانه را بفروشد

۱ وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص: ۱۳۴/۱۳۵

می تواند بفروشد؟ امام می فرماید بله می تواند بفروشد. سؤال بعدی این است که اگر فروخت آیا آن سکنی باطل میشود؟ می فرمایند نه.

خیلی روایت جالبی است، اولاً یک کبری به دست می دهد که لاینقض البیع الاجارة و لا السکنی. پس می توانی بفروشی ولی وقتی می فروشی باید با این شرط باشد که «علی أن الذی اشتراه لا یملک ما اشتراه حتی تنقضی السکنی کما شرط (یا کما شرط [الحابس]).»

توجیه عبارت لا یملک ما اشتراه

در عبارت آمده «لا یملک ما اشتراه» در صورتی که در بیع نمی شود خریدار مالک نشود پس باید امر دیگری مقصود باشد. علی القاعده روی این مبنا که اگر بیع تمام باشد مشتری باید مالک شود، مقصود از لا یملک ما اشتراه این است که لا یملک ما اشتراه به صورت ملک طلق که بتواند همه انتفاعات را ببرد. یعنی به طرف خریدار بگوید من این خانه را به تو می فروشم ولی اینطوری نیست که بتوانی از همه منافع استفاده کنی حتی تنقضی السکنی کما شرط و کذا الاجارة.

پس این عبارت ذیل را باید توجیه کرد. ولی اصل بحث روشن است، نص هم هست که می تواند بفروشد و لا ینقض البیع الاجارة و لا السکنی.

این نکته را هم باید توجه کرد که هر چند عنوان احتیاج در روایت آمده ولی روشن است که در این بحث احتیاج خصوصیتی ندارد و از جهت اینکه مالک بوده می تواند منزل را بفروشد و سکنی را هم نقض نمی کند چون به صورت مسلوب المنفعة می فروشد. اگر می تواند مسلوب المنفعة بفروشد چه فرق می کند محتاج باشد یا نباشد.

لذا با این روایت صریح در جواز تصرفات ناقله نمی دانیم چرا حضرت امام ره تصرفات ناقله را منع کرده اند.

خلاصه اشکالات بر منع تصرفات ناقله

پس این قسمتهایی که در متن وسیله نیست و مرحوم امام رحمه الله اضافه فرمودند هم با فرمایش ایشان در بحث حبس در همین تحریر الوسیله منافات دارد. و هم منافات با روایت صریح و روشن دارد و لذا این فرمایش علی الظاهر وجهی ندارد.

توجیه دوم برای کلام امام ره و جواب از آن

برای اینکه در حق ایشان بی انصافی نشود عرض می کنیم برخی مانند صاحب جواهر مطلبی را در خصوص بیع طرح کرده اند لکن نپذیرفته اند. برخی مثل مرحوم صاحب مسالک در خصوص بیع دو اشکال کرده اند. یک اشکال این است که هدف از انجام بیع رسیدن به منفعت مبیع است اگر سکناى دار به محبس علیه واگذار شده است این خانه بدون منفعت را به چه دلیل بخرند. این اشکال اصل بیع را زیر سؤال می برد. بعد از اینکه خود مرحوم صاحب جواهر کاملاً این را قبول کرده می فرماید بعضی حرفها اجتهاد در مقابل نص است، وقتی نص می گوید بیع جائز است دیگر چه حرف حسابی باقی می ماند. می فرمایند: مضافاً إلى النص المعتبر هنا بالجواز صريحاً، الذي يكون القول بالبطلان معه كالاجتهاد في مقابله، و هو صريح في الجواز،^۱

بعد می فرماید: بعضی گفته اند در اصل صحت بیع من بین النواقل و بطلانه به دو جهت اختلاف است. یکی اینکه صاحب مسالک گفته است که بیع برای استیفاء منفعت مبیع است. اگر این شیء مسلوب المنفعة است بیعش چه فائده ای دارد. خب اولاً باید گفت که این از همان اجتهاد در مقابل نص ها است. نص روایت صحیحه وارده در کتب اربعه از امام علیه السلام این است که بیع جائز است انکار این چه وجهی دارد.

ثانیا اصل استدلال غلط است. برای اینکه منافع دار که منحصر در سکناى آن نیست. علاوه بر اینکه سکناى را للتالى و الی الابد که واگذار نکرده تا بعضی از مطالب مطرح شده در وقف اینجا هم بیاید. تازه در همان وقف مؤبد هم ما قبول نداشتیم ملکیت واقف اثر ندارد. همان اثرهایی که در وقف گفتیم در ملکیت مشتری بر این خانه نیز مترتب می شود.

توجیه سوم برای کلام امام ره و جواب از آن

اشکال دیگری که مرحوم شهید ثانی مطرح کرده اند این است که وقتی سکناى منزل به کسی داده می شود حال چه به نحو اطلاق و چه با تعیین مدت مانند عمری این اشکال پدید می آید که میزان منفعت عین معلوم نیست چون میزان منفعتی که سلب می شود روشن نیست. لذا مبیع مجهول می شود (و بیع باطل است چون نهی النبى (ص) عن بیع الغرر)

۱ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۱۴۹

جوابش این است که اولاً: این اشکال وارد نیست چون همین جهل در روایت بود و امام علیه السلام فرمودند بیع اشکال ندارد. یعنی حتی اگر منافع مبیع مجهول باشد و این جهل موجب جهل در بیع شود چون روایت نص است در جواز و صحت پس ادله بطلان بیع مجهول را به این مورد تخصیص می زنیم.

ثانیاً: آیا منظور از جهل در بیع که موجب بطلان است چنین جهلی است؟ این نکته ای است که صاحب جواهر و دیگران هم توجه داده اند، گفته اند اصلاً چه کسی گفته که جهل از حیث منفعت جهل در مبیع می آورد؟ جهلی که در مبیع اشکال دارد و موجب غرر می شود جهل در خود مبیع است نه منفعت مبیع. چه کسی گفته کم و زیاد شدن مقداری از منفعت مبیع و جهل به مقدار آن موجب جهل در مبیع می شود.

علاوه بر اینکه ممکن است میزان منفعت با حساب و کتاب مشخص کند چرا فرض بگیریم که حتماً میزان منفعت مجهول است. فرض کنیم حابس منفعت را مدت حیات محبس علیه به او واگذار کرده از صد سال که بیشتر نیست. همانطور که در موارد اجاره خرید ملک که برای پنجاه یا صد سال اجاره داده شده اشکالی ندارد و عقلانی است در اینجا نیز خرید این خانه به صورت مسلوب المنفعه می تواند اغراض عقلانی داشته باشد لذا اشکالی ندارد. لذا این جهل جهلی نیست که موجب بطلان بیع شود. علاوه بر اینکه نص صریح در این مسئله وجود دارد.

ولذا به نظر نمی رسد این توجیهات برای عدم صحت تصرفات ناقله صحیح باشد. و ظاهر فرمایش امام نیز این نیست که از باب جهل قائل به عدم امکان تصرفات ناقله شده اند ظاهراً از باب منافاتش با استیفاء منفعت است، که جواب آن نیز روشن است.

به نظر ما این فقره واقعا توجیه روشنی ندارد و حق این است که این استثناء را نباید انجام می دادند.

فرع چهارم مسئله ۱۷: عدم جوار رهن مال محبوسه

بعد از این حضرت امام ره رفته اند سراغ رهن، فرموده اند «بل الظاهر عدم جواز رهنه ایضاً» که نه تنها تصرف ناقل درست نیست بلکه علی الظاهر نمی تواند این عین را رهن نیز قرار دهد.

در اینجا هم همان پرسش مطرح است که چرا نمی تواند رهن بدهد؟

ممکن است کسی بگوید هر چند در رهن، نقل و انتقال در ملک صورت نمی گیرد لذا ممکن است آسان تر از بیع به نظر برسد ولی در واقع رهن برای استیثاق است، برای این است که به عنوان وثیقه در اختیار مرتهن باشد که هر وقت راهن دینش را به او اداء نکرد بتواند دینش را از عین مورد وثیقه استیفا کند. حالا با لحاظ این اختلاف که باید به حاکم

مراجعه کند یا خودش مستقیماً می تواند عین را بفروشد و دینش را استیفا کند. در صورتی که اگر این مال مسلوب المنفعة است مرتهن به مقصودش نمی رسد. ممکن است وجه عدم جواز این باشد.

عدم اشکال رهن مال محبوسه

جواب این استدلال روشن است بیع اشکالی ندارد همانطور که در بحث بیع مال محبوسه روشن شد. اولاً مرتهن عین مرهونه را در اختیار دارد. ید و استیلا بر مال در هر جایی به حسب خودش می باشد. همانطور که وقتی حابس محبس علیه را در منزل سکنی می دهد به این معنا نیست که عین مال را از اختیار خودش بیرون برده و هنوز مال تحت اختیار اوست، منتهی به صورت امانت و ودیعه در اختیار محبس علیه گذاشته تا بتواند از آن استفاده کند در رهن هم رهن این ملکش را که به حبس دیگری در آمده یا به سکنای دیگری داده در اختیار مرتهن قرار می دهد.

حال می پرسید مرتهن با این مال چه کاری می تواند انجام دهد؟ پاسخ این است که همان کاری که با مال رهن غیر محبوسه می تواند انجام دهد. با این تفاوت که در اینجا مرتهن باید عالم باشد که این مال در حبس است ولی رهن صحیح است و مرتهن می تواند در صورت نیاز این مالی را که تا مدتی مسلوب المنفعة است بفروشد و حقش را استنفاذ کند. یعنی همانطور که در فرع قبل اثبات شد که خود حابس می تواند عین محبوسه را بفروشد مرتهن نیز می تواند آن را با لحاظ شرائط بفروشد. مرتهن گاهی عین مرهونه ای را که طلق است می فروشد، و گاهی عین مرهونه ای را که مسلوب المنفعة است. چه اشکالی دارد؟ ممکن است قیمتش در این فرض کمتر باشد که اشکالی ندارد. فعلاً در مقام پاسخ به این پرسشیم که آیا رهن و وثیقه بودن منافاتی با حبس و سکنی دارد؟ که پاسخ منفی است. همین خانه ای که مورد سکنی واقع شده به جای اینکه در اختیار حابس باشد در اختیار مرتهن قرار می گیرد، و مرتهن وقتی نتواند آن حق در ذمه حابس را استیفاء کند می تواند از این خانه استیفاء کند. به نظر نمی آید که رهن هم مانعی از حبس و سکنی باشد. این به حسب قواعد کلی اما به حسب روایات نیز شاید بشود از روایتی که در بیع خواندیم استشمام کرد که در رهن دادن عین محبوسه مانند فروش آن اشکال ندارد بلکه در اینجا راحت تر است به خاطر اینکه در رهن به خلاف بیع، نقل و انتقالی نیز صورت نمی پذیرد مگر زمانی که ترقب فروش داشته باشد، که آنوقت تازه مثل بیع می شود.

پس این فرع از کلام امام ره هم به نظر ما توجیه روشنی ندارد.

فرع پنجم مسئله ۱۷: منع از بقاء ملک بر ملک حابس فی بعض الصور

باقی ماند فرع آخری که مرحوم امام رحمه الله مطرح فرمودند: «لکن بقاء الملک علی ملک الحابس فی بعض الصور محل منع».

این فرع آخر مسئله ۱۷ است. در بالا گفتیم که فرق وقف و حبس این است که وقف مفید زوال ملک است ولی در حبس، مال به ملک حابس باقی است، حال مرحوم امام می خواهند استثنائی از حکم بیان کنند و در مواردی حبس را مستلزم خروج عین از ملک حابس و زوال ملکیت او بدانند.

صوری که ایشان برای منع در خاتمه بیان می کنند

ایشان در این مساله ۱۷ توضیحی از این صور ارائه نکرده اند ولی در مسئله اول خاتمه حبس و سکنی آن را بحث کرده اند و به حبس برای کعبه، حبس در سبل خیر و حبس برای مشاهد شریفه مثال زده اند. ایشان در چنین حبسهایی بین حبس محدود با دائم تفصیل قائل شده اند. اگر حبس بر این موارد به صورت مطلق باشد یا در آن به دوام تصریح شده باشد مانند اینکه حابس فرشش را حبس کند برای کعبه به صورت مطلق یا می گوید فرش من برای مسجد است دواماً و برای همیشه. در این دو صورت گفته اند که این فرش از ملک حابس بیرون می رود.

ولی اگر این حبس را الی مدة قرار دهد و بگوید این فرش یا چراغ من حبس مسجد باشد برای دو سال در این صورت بعد از دو سال برمیگردد به ملک حابس.

پس اینکه حضرت امام فرموده ند «لکن بقاء الملک علی ملک الحابس فی بعض الصور محل منع» صور منع چنین حبسهایی است که مطلق یا دائم باشد.

«مسئله ۱: يجوز للشخص أن يحبس ملكه على كل ما يصح الوقف عليه بأن تصرف منفعه فيما عینه على ما عینه، فلو حبسه على سبيل من سبل الخير و محال العبادات مثل الكعبة المعظمة و المساجد و المشاهد المشرفة فإن كان مطلقاً أو صرح بالدوام فلا رجوع بعد قبضه و لا يعود الی ملک المال و لا یورث»^۱.

دو حکم را بیان می فرمایند: یکی اینکه بعد از قبض دیگر حابس حق رجوع ندارد، و دیگر اینکه این عین از ملک حابس خارج می شود و به ارث هم برده نمی شود.

بعد در قبال (حبس مطلق یا دائم) فرمود «و إن كان الى مدة لا رجوع الى انقضائها و بعده يرجع الى المالك أو وارثه». اگر حبس ولو برای مشاهد شریفه تا مدت خاصی باشد بعد از قبض تا مدت انقضاء حق رجوع ندارد، ولی بعد از اتمام مدت به مالک یا ورثه او بر می گردد.

پس معلوم شد این استثنائی که در ذیل فرموده اند این استثناء مربوط است به فرع اول از مسئله ۱. یعنی آنجایی که در سبل خیر حبس کرده باشد مثل مشاهد مشرفه و مساجد و کعبه و مطلق هم باشد یا همراه با تصریح به دوام باشد.

دلیل فرع پنجم

نسبت به دلیل این مسأله ظاهراً برخی می خواهند به اتفاق و اجماع مراجعه کنند. مثلاً به حسب نقلی که از صاحب سرائر شده ایشان علی الظاهر فرموده اند هیچ خلافتی در این مسئله نیست. در متن شرایع آمده: «و إذا حبس فرسه مثلاً فی سبیل الله تعالی أو غلامه فی خدمة البيت أو المسجد لزم ذلك و لم یجز تغیره مادامت العین باقیة». از این لزم ذلك و لم یجز تغیره مادامت العین باقیة فهمیده اند یعنی ملک زائل می شود و دیگر هم نمی تواند رجوع کند. صاحب جواهر می فرماید: «بلاخلاف اجده فیه (در این مسئله که نمی شود) کما اعترف به الحلی (صاحب سرائر) و غیره (صاحب حدائق و دیگران)، قال فی المحکی من نوادر قضاء سرائره إذا كان الحبس علی مواضع قرب العبادات مثل الکعبة والمشاهد و المساجد فلا یعاد الى الاملاک و لا تنفذ فیه الموارث، لأنه بحبسه علی هذه المواضع خرج عن ملکه عند اصحابنا بلاخلاف»^۱. هر چند تعبیر «بلاخلاف» آمده و برخی بین بلاخلاف و اجماع فرق می گذارند و می گویند بلاخلاف یعنی کسی مخالفت نکرده است ولی به نظر می رسد می خواهند صاحب سرائر ادعای اجماع کنند چون وقتی «عند اصحابنا» را به آن اضافه می کنند ظاهراً یعنی همه این حرف را قبول دارند و اجماع محقق شده است.

پس یک دلیل اجماع است که باید آن را بررسی کنیم. ولی غیر از ادعای اجماع به دو دلیل دیگر نیز تمسک شده است: یکی از طریق همان لغویت اعتبار ملکیت در مواردی که منفعتی برای حابس وجود ندارد که این استدلال در نظائر این بحث قبلاً گذشت. وقتی حابس عینی را برای کعبه حبس می کند و فرض هم این است که کعبه دوام دارد؛ این حبس

۱ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۱۵۳

دائمی می شود و وقتی به قبض داده می شود دیگر هیچ منفعتی برای حابس باقی نمی ماند لذا اعتبار ملکیت در اینجا لغو است.

برخی از فقهاء معاصر فرموده اند:

«توضیح ما ذکرناه من خروج العين عن ملكية الحابس في الحبس على الكعبة والمشاهد هو أن الملكية امر اعتباری عقلائی و هو رهن الاثر، فإذا لم یجز له التصرف عبر عمره وبعده كما هو مقتضى الدوام و الاطلاق فلا معنى لاعتبار الملكية، ولذلك یقول فی الجواهر خرج عن ملكه عند اصحابنا بلاخلاف»^۱.

ظاهراً صاحب جواهر تنها عبارت «بلا خلاف اجده» را دارد و تعبیر «خرج عن ملكه عند اصحابنا بلاخلاف» در جواهر نیست و نقل از سرائر است نه صاحب جواهر.

بله بعداً شبهه ای در معنای حرف صاحب شرایع شده است و صاحب مسالک تشکیک کرده است که مراد ایشان خروج عین از ملک حابس باشد که صاحب جواهر در آنجا معتقد است که صاحب شرایع نیز قائل به خروج از ملک است که بحثش خواهد آمد. ولی در اینجا ظاهراً بین عبارت صاحب جواهر با سرائر خلط شده است.

جواب از استدلال بر فرع پنجم

ما جواب این استدلال را در جلسات گذشته بیان کردیم. صرف ادعای عدم اثر کافی نیست و باید روشن کنید چرا اثر ندارد. آثاری که در وقف برشمردیم مانند نفقه مملوک در اینجا هم قابل تصویر است اگر عبدش را وقف کعبه کرد نفقه او با کسیت؟ ایشان اصلاً بحث از ثمرات نمی کنند تا پاسخی برای این سوال داشته باشند. یا در همین صورت زکات فطره این عبد با کیست؟

اگر شما بگوئید ملک زائل می شود زکات فطره اش با حابس نیست حال یا باید از بیت المال پرداخت شود یا اینکه اصلاً زکات فطره ندارد چون مثلاً مملوک زکات ندارد، ولی اگر بگوئید این عبد به ملک حابس باقی می ماند زکات فطره اش نیز با او است.

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحة: ۲۸۸

همچنین در این ثمره که آیا می شود به او زکات پرداخت؟ اگر بگوئیم به ملکیت حابس باقی است و مملوک اوست؛ نص روایت صحیحہ این بود که به پنج گروه نمی شود زکات داد، پدر، مادر، ولد، مرأه و مملوک. اما اگر از ملک حابس زائل شده چه ربطی به حابس دارد لذا به مانند مابقی محتاجین می شود به او زکات داد.

پس اشکال این است که اولاً شما اصلاً اثر را تصویر نکردید و بدون دلیل ادعا می کند ملک حابس اثر ندارد.

ثانیاً: چرا می گوئید اعتبار معنا ندارد؟ ما می گوئیم هم اثر دارد و هم اعتبار ملکیت معنا دارد. در جای خود مطرح کردیم حتی اگر اثر شرعی نداشته باشد باز نمی توانید ادعای لغویت اعتبار کنید اعتبارات عقلائی هستند.

خود صاحب این کلام در بحث اشتراط حبس و وقف به قصد قربت تصریح می کند که وقف و مانند آن مخصوص دین اسلام نیست و قبل از آن هم وجود داشته است. اگر قبل از اسلام بوده پس عقلائی است و اعتبارات عقلائی دائر مدار آثار شرعی که فقها مترتب می کنند نیست.

مضافاً به اینکه دیروز عرض شد حتی اگر عقلاء بر حصه ای اثر مترتب نکنند آیا اشکال دارد که اعتبار را روی مطلق ببرند؟ آیا این اعتبار اعم لغو است؟ آیا اعتبار اعم مئونه بیشتری می برد از اینکه اعتبار را ببرند روی حصه دارای فایده؟ پس به نظر ما اگر اجماع نباشد تمسک به لغویت اعتبار ناتمام است.

استدلالی دیگر بر فرع پنجم و جواب از آن

استدلال دیگری در مقام، توسط برخی از فقها ارائه شده است که صاحب جواهر نیز متذکر آن شده اند: «مضافاً الی ما تقدم من النصوص فی الصدقة المتضمنة لعدم جواز الرجوع فی کل ما يعطى لله تعالى شانه»^۱.

برخی از معاصرین نیز فرموده اند: «أضف إلى ذلك: النصوص الواردة في الصدقة المتضمنة عدم جواز الرجوع في كل ما يعطى لله جلّ وعلا»^۲.

منتهی آیا این استدلال درست است؟

۱ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۱۵۳

۲ أحكام الوقف فی الشريعة الإسلامية الغراء، ، صفحه: ۲۸۸

برای روشن شدن صحت این بحث باید صورت مساله روشن شود. ظاهرا استدلال این است که در صدقه چون برای رضای خدا است و قصد قربت دخیل است اگر برای رضای خدا صدقه داد و به اقباض نیز داد دیگر نمی تواند رجوع کند لذا در حبس هم همین سخن می آید یعنی چون برای رضا خداست پس از به اقباض دادن عین محبوسه نمی تواند رجوع کند و دیگر عین به ملک او بر نمی گردد.

این استدلال به نظر دو اشکال دارد:

اولا {برداشت مقرر: بر فرض که این کبرای کلی که هر چه برای خدا بود قابل برگشت نیست در حبس هم بیاید. معنایش این است که هر آنچه در صدقه و حبس انشاء می شود قابل رجوع نیست. در صدقه توسط مالک تملیک عین به متصدق علیه انشاء می شود لذا قابل برگشت نیست و نمی تواند دوباره مال را به ملکیت خویش در آورد اما در حبس انشاء تملیک عین نمی شود در حبس انشاء تملیک منافع یا انتفاع از آنها می شود لذا اگر با قصد قربت باشد نمی تواند از این رجوع کند و خودش منافع حبس شده را استیفا کند ولی این ربطی به عدم امکان رجوع تملیک ندارد چون اصلا در حبس توسط حابس تملیک عین به محبس علیه صورت نمی گیرد تا نتوان از آن رجوع کرد و دوباره به ملک حابس درآورد لذا قیاس به صدقه از این حیث مع الفارق است} ثانیاً: مگر شرط حبس این است که قربی باشد. شما فقیه بزرگوار که در مسئله این را نگفتید. در مسئله ما که فرع ۵ مسئله ۱۷ است آمده «لکن بقاء الملك علی ملک الحابس فی بعض الصور محل منع.» اینجا که علی الاجمال و الاهمال حکم بیان شده است. ولی وقتی در مسئله ۱ که فرمودید «فلو حبسه علی سبیل من سبل الخیر و محال العبادات مثل الکعبة المعظمة و المساجد و المشاهد المشرفة» سؤال این است که اگر ما حبس کنیم بر یک سبیل خیر یا محل عبادت، لازم است حبس ما علی وجه قربی باشد؟ در وقف که خود حضرت امام لزوم قصد قربت را قبول نکردند. هم مرحوم امام در وقف قصد قربت لازم نمی داند، این فقیه بزرگوار هم لازم نمی داند، بر خلاف ما که از باب شک در شروط گفتیم باید قصد قربت بیاید. این بزرگواران لازم نمی دانند. خب اینجا در مسئله ۷ همین بحث وقف فرموده اند: «الاقوی عدم اعتبار قصد القربة حتی فی الوقف العام (یعنی در خیرات) و إن کان الاحوط اعتباره مطلقاً». این فقیه بزرگوار زمان ما هم در حاشیه و تفسیر فرمایش امام ره همین را تأیید کرده اند که قصد قربت در وقف لازم نیست، می گوئیم در وقف که لازم نیست خب در حبس هم لازم نیست. حالا آمدیم ما برای کعبه چیزی را حبس کردیم ولی قصد قربت نکردیم، کار خوبی بود کردم نه اینکه قصد قرب الی الله کرده باشم، کار خوب است. برای مسجد، ما دیدیم همه دارند برای مسجد کمکی می کنند ما هم گفتیم این ماشین ما در اختیار مسجد، سؤال این است که مگر این قصد قربت کرده

که شما می فرمائید در صدقه که قصد قربت می شود آنجا پیامبر صلوات الله علیه فرمودند إنما مثل الذى يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذى يقىء ثم يعود فى قيئه، که اینقدر مکروه است، یعنی واضح است که دارند منع می کنند.

پس اولاً در صدقه تملیک است قیاسش با حبس درست نیست. ثانیاً مگر ما در حبس شرط کردیم که قصد قربت کند. شما که قصد قربت را لازم نمی دانیم. پس مسئله ما مقصور به موارد قصد قربت نیست، این چه جور استدلالی است که شما می کنید.

البته این اشکال فقط به ایشان وارد نیست، بلکه به مثل صاحب جواهر هم وارد است که فرمودند مضافاً الى ما تقدم من النصوص فى الصدقة، که به نظر ما درست نیست.

این تمام الکلام در این فرع پنجم مسئله ۱۷، که مسئله ۱۷ تمام شد. وارد مسئله ۱۸ می شویم که ای کاش مسئله ۱۸ به دنبال مسئله ۱۶ می آمد چون از تتمات مسئله ۱۶ محسوب می شود، که آن هم بحث دشواری دارد انشاءالله جلسه بعد بررسی می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله»

باسمه تعالی

- مسئله ۱۸: رجوع به ورثه واقف..... ۳۹۷
- رجوع عین موقوفه به ورثه حین موت الواقف یا ورثه حین الانقراض ۳۹۷
- غفلت محشین کلام امام ره از شقوق متعدد مسئله ۳۹۹
- بررسی شقوق مسئله در کلام مفتاح الکرامه..... ۴۰۰
- دقیقتهای صاحب جواهر ره در شقوق و ادله مسئله ۴۰۱
- عدم توجه به مانعیت وقف از ارث یا عدم مقتضای ادله ارث در موارد وقف ۴۰۱
- عبارات جواهر..... ۴۰۲
- تصویر ملکیت تأهلیه برای واقف توسط صاحب جواهر ۴۰۳
- تنظیر مقام به بحث فسخ مشتری بخیاره بعد موت البایع ۴۰۳
- تقویت رجوع به ورثه حین الموت توسط صاحب جواهر ۴۰۴

مسئله ۱۸: رجوع به ورثه واقف

بحث ما در مسئله ۱۸ است. این مسئله در باره فرعی مرتبط با مسئله ۱۶ است. حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه علی القاعده باید این فرع را در ذیل مساله ۱۶ مطرح می کردند ولی با فاصله یک مسئله در مسئله ۱۸ مطرح فرمودند. بسیاری از فقهاء این فرع را در ذیل همان بحث رجوع مال موقوفه به واقف یا ورثه او بعد از انقراض موقوف علیهم بحث کرده اند.

رجوع عین موقوفه به ورثه حین موت الواقف یا ورثه حین الانقراض

بحث بر سر این است که: «لو انقراض الموقوف علیه و رجع الی ورثه الواقف فهل يرجع الی ورثته حین الموت أو حین الانقراض؟ قولان: اظهرهما الاول و تظهر الثمرة فیما لو وقف علی من ینقرض کزید و اولاده ثم مات الواقف عن

ولدين و مات بعده احد الولدين عن ولد قبل الانقراض ثم انقراض، فعلى الثانى يرجع الى الولد الباقي، و على الاول يشاركه ابن اخيه»^۱.

در وقف منقطع الآخر درباره تعیین تکلیف مال موقوفه با انقراض موقوف علیهم سه قول وجود داشت که به تفصیل بررسی شد. بنابر مختار، اظهر و اقوی همان نظر ابن زهره بود که این عین، با نظر حاکم صرف در وجوه بر شود. اما به نظر مشهور عین موقوفه به واقف یا ورثه او بازمی گردد. فرض مسأله مبتنی بر این نظر مشهور است که اگر قرار باشد به ورثه واقف برگردد به کدام ورثه برمی گردد؟ به ورثه زمان موت واقف یا ورثه زمان انقراض موقوف علیهم.

مثلاً اگر واقفی خانه اش را بر زید و اولاد بلاواسطه او، وقف کند و این مال موقوفه را در اختیار موقوف علیهم نیز قرار دهد و پس از آن به رحمت خدا رود در حالی که دو فرزند باقی گذاشته است. در فاصله موت واقف با انقراض موقوف علیهم یکی از این فرزندان نوه ای برای واقف می آورد و خودش نیز مانند واقف قبل از انقراض موقوف علیهم از دنیا می رود سپس موقوف علیهم منقرض می شوند.

سؤال این است بنابر این فرض که مال موقوفه به واقف یا ورثه او بر می گردد آیا به ورثه حین الموت می رسد یعنی به هر دو فرزند که در اینجا هر کدام به میزان سهم خود به نسبت پسر یا دختر بودن از خانه ارث می برند و سهم الارث فرزندی که از دنیا رفت به فرزندش یعنی نوه واقف می رسد.

یا اینکه به ورثه زمان انقراض موقوف علیهم می رسد که در این صورت در این زمان تنها فرزند واقف که زنده است تمام مال را به ارث می برد و به نوه واقف چیزی نمی رسد چون پدر یا مادرش که فرزند واقف بوده که زنده نیست تا ارث ببرد و خودش نیز با وجود فردی از طبقه قبل ارث نمی برد.

در پاسخ به مسأله اختلاف شده است. نظر مشهور فقهاء این است که به وارث حین الموت می رسد. حضرت امام فرموده اند «قولان» که واقعا هم هر دو قول قائل دارد. ایشان نیز مانند مشهور قول اول را استظهار فرموده اند: «اظهرهما الاول» که به ورثه حین موت الواقف می رسد نه به ورثه حین الانقراض.

غفلت محشین کلام امام ره از شقوق متعدد مسئله

عده ای از ناظرین به فرمایش حضرت امام ره در تحریر الوسیله فقط عبارات متن را تکرار کرده اند و تنها این مطلب را اضافه کرده اند که ظاهراً وجه اختیار قول رجوع به ورثه حین الموت این است که در وقف منقطع الآخر عین موقوفه از ملک واقف به ملک موقوف علیهم منتقل نمی شود لذا این وقف شبه حبس است و عین به ملک واقف باقی است و حضرت امام نیز همین قول را پذیرفتند و در مورد زوال ملک فرمودند «فیه تأمل» حال که عین به ملک واقف باقی است وقتی واقف ز دنیا رفته است اموالی که در ملک اوست ملک ورثه اش می شود چون کل ما ترکه المیت فهو لوارثه.

پس با موت واقف مال موقوفه که از ملکش بیرون نرفته است، فهو لوارثه. به این صورت حکم را روشن دانسته اند.

چند بحث مهم در اینجا وجود داد:

اولاً این بزرگواران در تبیین نظر مخالف هیچ تلاشی نکرده اند. بیان نکرده اند که طرف مقابل چه می گوید، توجیه حرفشان چیست و به چه چیزی تمسک کرده اند.

ثانیاً در بین کسانی که انتقال ملک را قبول دارند و می گویند بعد از انقراض موقوف علیهم، مال به واقف و ورثه اش باز می گردد باین حال برخی قائل اند اقوی یا اظهر این است که به ملک ورثه زمان موت واقف می رسد توجیه آنها چیست؟ همینطور برخی از آنها قائلند که ورثه حین الانقراض ارث می برند، آنها چه می کنند؟

بحث بسیار دشواری است، مخصوصاً بر اساس مبنای کسانی که قائلند عین موقوفه با وقف به ملک موقوف علیهم منتقل می شود.

عرض ما این است کسانی که این بحثها را دنبال می کنند نباید فقط یک رشته را بگیرند و جلو بروند. باید روشن شود دیگرانی که نظرشان مطابق با نظر ما نیست چکار کرده اند؟

سؤال این است که در تاریخ بحثهای فقهی آیا تمام کسانی که قائل به انتقال ملک اند می گویند مال به ورثه حین الانقراض می رسد؟ یا اینکه در بین آنها نیز کسانی هستند که قائلند به ورثه حین موت واقف می رسد. این افراد چه دلیلی دارند؟

شما بر اساس این که عین به ملک موقوف علیهم منتقل نشده و به ملک واقف باقی است می گوئید علی الاصول مانند بقیه جاها روی حساب و کتاب ارث که «ما ترکه المیت فلوارثه» همانهایی که عند الموت، ورثه هستند عین را به ارث می برند. عرض ما این است که کسانی که عین را منتقل می دانند چه می کنند؟ مشهور بین آنها نیز که همین است. عبارات دو سه نفر از شارحین کلام امام ره که بررسی شد بحثها خیلی ناقص بود زیرا نه روی فرض انتقال ملک بحثی کرده اند و نه بر اساس اختیار قول مقابل بر فرض عدم انتقال ملک.

بررسی شقوق مسئله در کلام مفتاح الکرامه

فرصت بررسی مستقل قائل به قول مقابل حاصل نشد ولی صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: «و اختلف هؤلاء (اینهایی که می گویند برمیگردد به واقف یا ورثه اش)، فمنهم من قال إنه يرجع الى ورثته حين انقراض الموقوف عليه كالولاء». ولاء عتق با موت معتق ارث برده نمی شود، بلکه با موت معتق یعنی زمانی که معتق از دنیا میرود ورثه معتق حین موت معتق ارث می برند. می گویند در وقف هم همینطور است که باید ورثه حین انقراض موقوف علیهم باشد نه ورثه حین موت واقف. بعد می گویند «و هو (اینکه ورثه حین الانقراض باشد) خيرة المسالك و الروضة و قد يلوح من عبارة الدروس. ومنهم قال الى ورثته عند موته (که به ورثه حین الموت می رسد. منتهی به یک نکته ای توجه کرده اند که) و یسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض و هو خيرة ايضاح النافع». اینهایی که می گویند منتقل می شود به ورثه حین موت توجه دارند که به صرف موت نمی تواند برود بگیرد، باید حسب وقف در دست موقوف علیهم باشد تا زما انقراضشان یسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض. بعد فرموده: «و قال المقداد (على القاعدة در تنقيح الرائع) إنه قوى (این قول قوی است که بگوئیم حین الموت نه حین الانقراض). قلت (صاحب مفتاح الکرامه می گوید) بل هو الاقوى لعدم الانتقال». چون ملک منتقل نشده است لذا ملک است و ارث برده می شود. ظاهرا این است. بعد هم فرموده اند «و فرق بينه و بين الولاء، لأن المصنف في باب العتق من الكتاب (کتاب قواعد) إدعى الاجماع على أنه يورث به»^۱ یعنی به ولاء ارث برده می شود اما در هنگامی که معتق از دنیا برود. بنابراین فرق است بین بحث وقف و بین بحث ولاء.

خب این فرمایش ایشان.

۱ مفتاح الکرامه في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ج ۲۱، ص: ۴۶۹

دقتهای صاحب جواهر ره در شقوق و ادله مسئله

مرحوم صاحب جواهر رحمه الله دقتهای خوبی دارند. بسیاری حتی شیخ انصاری اعلی الله مقامه ارث را بر اساس اینکه عین در ملک واقف باقی باشد و جا به جا نشود تصویر کرده اند. در حالی که به نظر می رسد از یک مطلب غفلت کرده اند. گوئی اگر که تکلیف ملک را روشن کنند و بگویند ملک باقی است مسأله حل شده است چون مشمول ضوابط ارث می شود. در حالی که کجا بحث شده است که ادله ارث شامل اینجاست، علاوه بر اینکه چگونه واضح کردند که ادله وقف مانع نیست و تعجب می کنم از این غفلتی که شده است.

عدم توجه به مانعیت وقف از ارث یا عدم مقتضای ادله ارث در موارد وقف

حتی فکر می کنم صاحب جواهر که خیلی از بحث را جلو رفته و بحثهایی که محشین کلام امام اصلاً توجه نکرده اند ایشان مد نظر قرار داده اند بحث مانعیت وقف را مطرح نکرده است. وقف مانع بیع و هبه که هست و در روایات آمده لا بیاع و لایوهب، در روایتی لا یورث نیز وارد شده است. چرا بحث نکرده اند که آیا وقف جلوی ارث را هم می گیرد یا نمی گیرد. همانطور که جلوی بیع و هبه را می گیرد جلو ارث را هم بگیرد.

پس باید خیلی تحقیق کنیم که اصلاً عنوان ما وقف است یا حبس است خیلی اثر دارد. ما در حبس نداریم که حبس مانع انتقال است که در جلسات گذشته به صورت مفصل بحث کردیم، اما به نظر می آید وقف مادام که یصدق علیه وقف مانع انتقال ارثی است. پس چطور برخی به راحتی می فرمایند اگر عین موقوفه ملک واقف بود طبق ضوابط ارث برخورد می شود. گوئی اصلاً همه را مسلمات گرفته اند. از طرفی ما باید ادله ارث را هم نگاه کنیم که آنجا هم مشکلی نسبت به شمول به مال موقوفه وجود نداشته باشد. یعنی اطلاقی وجود داشته باشد که مطلقاً ما ترکه المیت فهو لوارثه. آیا اگر ما ترک میت متعلق حق غیر بود باز هم به ارث می رسد؟ این بحث فوق العاده دقیقی است، در مواردی مانند دین میت که حقی بر اوست تمام ما ترک میت به ارث ورثه می رسد و پس از انتقال مطابق آیه شریفه «من بعد وصیه یوصی به او دین» این دین استثنا می شود یا از اول از ما ترک المیت استثناء می شود؟ ظاهر فرض دوم است. ظاهر استثناء این است که ما ترک المیت بعد از وصیت و دین به ورثه منتقل می شود نه قبل از آن یعنی اول مستثنیات از ما ترک خارج می شود بعد به ورثه منتقل می شود.

خب اگر در دین و وصیت این را گفتیم آیا نمی شود وقف را مانند این دو دانست؟ مخصوصا وقتی مانند مشهور عین موقوفه را از ملک واقف بیرون کردید. چون دیگر بعد وقف، ملک موقوف علیهم است و دیگر ورثه واقف چه چیزی را ارث ببرند؟

آنهايي که می گویند عین موقوفه به ملک موقوف علیهم منتقل نمی شود راحت تر هستند ولی آنهايي که می گویند منتقل می شود در بین آنها عده زیادی هستند که می گویند به ورثه حین الموت می رسد اینها چطور توجیه می کنند؟ پس مرحوم صاحب جواهر هم تا یکی دو تا از این نکته های اصلی را جلو آمده ولی به نظرم این نکته را بحث نکرده که آیا وقف مانع است یا نه.

عبارات جواهر

عبارت صاحب جواهر این است که می فرماید: «نعم قد یتوقف فی انتقاله (یعنی به لحاظ بحثی توقف می کنند) مع فقد الواقف (یعنی عند فقد الواقف یتوقف فی انتقاله) الی ورثته حین انقراض الموقوف علیه (به این دلیل که): باعتبار صیروته بحکم ماله فی ذلک الوقت»^۱. به این خاطر به ورثه حین انقراض موقوف علیهم می رسد که به موقوف علیهم منتقل شده است و در همان زمان موت و انقراض موقوف علیهم مانند مال واقف می شود. پس در عین حال که به موقوف علیهم منتقل می شود، چون بعد از انقراض آنها به واقف برمیگردد کماله محسوب می شود. لذا می گوید: «بحکم ماله فی ذلک الوقت فلا مدخلية للوارث السابق (یعنی وارث حین الموت) الذی کان وارثا للمال الذی هو للمیت حال موته». ما یک وارث سابق داریم که وارث خود میتند، وارث چه چیزی هستند؟ اموال حین الموت. اگر مال موقوفه از مال واقف خارج شده باشد و به ملک موقوف علیهم داخل شده باشد و هنوز هم موقوف علیهم منقرض نشده اند، وقتی واقف از دنیا می رود این عین موقوفه جزء اموال او نیست تا به ورثه اش بدهید. این استدلال کسانی است که می گویند یتوقف فی انتقاله الی ورثته حین انقراض الموقوف علیهم باعتبار صیروته کذا. بعد می گوید «أو الی الوارث الاول (ورثه حین الموت) باعتبار تأهل المیت لصیروته ملکا له بانقراض الموقوف علیه».

تصویر ملکیت تأهلیه برای واقف توسط صاحب جواهر

اینها خیلی حرفهای عجیب و غریبی است، آنهایی که راحت به فرمایش امام حاشیه زده اند دیگر کار به این حرفها نداشته اند که آنهایی که می گویند منتقل می شود چطور درست می کنند. خب اگر همانطور که مشهور فقها می گویند مال به موقوف علیهم منتقل شده است حین الموت که این موقوفه مال مورث نیست تا به وارث اول حین الموت ارث برسد. صاحب جواهر برای اینکه ارث طبقه اول را درست کند می گوید باعتبار تأهل المیت لصیروته ملکا له بانقراض الموقوف علیه. الان واقف مالک نیست، واقف عند موتش مالک مال موقوفه نبود چون طبق مبنای عین موقوفه ملک موقوف علیهم شده است. پس چه چیزی منتقل (به ورثه) می شود؟ می گوید تأهل او، می گوید واقف حین الموت تأهل داشت که این مال موقوفه بالانقراض برگردد به ملکش. بعد می گوید این کبری که ما ترکه المیت فهو لوارثه که قبلا درستش کردیم این تأهلها را هم شامل می شود.

خب اینها فقیه های پر جرأتی هستند و اگر جسارت نباشد گاهی زور هم می گویند. می فرمایند این تأهلها نیز یک چیزی است، آن ورثه حین الموت این تأهل را ارث می برد. می گوید: «لأن الملك إنما خرج عنه (عن الواقف) متزلزلا و هذا التأهل ينتقل الى وارثه لأن كل ما هو له يكون لوارثه». اینها را باید دوستان کار کنند، همینطوری از بزرگان نپذیرند که چون صاحب جواهر بوده و حرفهایش و خودش روی سر ما جا دارد بپذیریم. نه، می فرماید ادله ارث اینجور تأهلها را هم می گیرد. و هذا التأهل ينتقل الى وارثه لأن كل ما هو له يكون لوارثه. کل ما ترکه المیت فهو لوارثه این تأهل هم مال آقای وارث می شود.

تنظیر مقام به بحث فسخ مشتری بخیاره بعد موت البایع

صاحب جواهر علیه الرحمه میفرماید: «فهو حينئذ كفسخ المشتري بخياره بعد موت المیت بمدة». اگر بایعی میبیش را با شرط الخيار برای مشتری به او فروخته است پس از مدتی بایع از دنیا می رود و پس از موت او مشتری اعمال خیار می کند و میبیش را برمیگرداند. می گوید «فإنه يكون المبيع للوارث الاول»، اگر میبیش را برگرداند به ورثه حین موت البایع می رسد نه ورثه الان. «ولو لأن انتقال المبيع عنه كان متزلزلا بفسخ المشتري» ولو به این بیان که هر چند بایع که با بیع مالش به مشتری منتقل می شود دیگر میبیش در مالش نیست که عند الموت البایع جزء ارث وارث شود. ولی در عین حال گوئی (همه را با فرض و گوئی درست می کنند) یک ملک متزلزلی از این میبیش هنوز در جیب بایع هست ولو از این باب که لأن انتقال

المبیع عنه کان متزلزلاً بفسخ المشتري، که چون مشتری بعداً می توانسته فسخ کند، ولو هنوز فسخ نکرده و جزء ملک مشتری است، همین ملک متزلزل قبل از فسخ به ارث می رسد

با اینکه وقتی بایع از دنیا رفته است مشتری اعمال خیار نکرده است و بعد از فوت بایع اعمال خیار و فسخ می کند لذا ورثه حین موت البایع حق نداشتند این را جزء اموالشان حساب کنند، چون هنوز فسخ نشده و جزء مال مشتری است لکن همینکه یک نوع قابلیت برای برگرداندن داشته گوئی یک ملک متزلزلی در اموال این آقای بایع بوده است که همین به ارث می رسد در وقف هم چنین ملکیت متزلزلی برای واقف تصویر کنیم بگوئیم با اینکه عین به ملک موقوف علیهم در آمده ولی نوعی ملکیت متزلزل به این صورت که اگر موقوف علیهم منقرض شوند به ملک واقف در می آیند برای واقف وجود دارد که همین به ارث طبقه اول می رسد لذا وقتی موقوف علیهم منتقل شدند مال به همین ورثه حین موت واقف منتقل می شود: «ولو لأن انتقال المبیع عنه کان متزلزلاً بفسخ المشتري إذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عن الواقف متزلزلاً». این استدلال.

تقویت رجوع به ورثه حین الموت توسط صاحب جواهر

حال در نظر ایشان کدام وجه اقوی است رجوع الی ورثه حین الانقراض به این استدلال، یا الی الوارث الاول باعتبار تأهلش. ایشان وجه دوم یعنی رسیدن مال به وارث اول حین الموت را اقوی می دانند.

می فرمایند: «ولعل الثاني منهما لا يخلو من قوة، وإن امکن الفرق بین المشبه والمشبه به». می گوید گرچه تنظیر این بحث به بحث بیع درست نیست و می شود بین آنها فرق گذاشت. چرا؟ «بوجود الثمن فی البیع الذی ملکه البایع متزلزلاً والفسخ يقتضی رد العوض بخلاف المقام».

تفاوت بین دو مقام این است که در بیع الخيار، بایع ثمن را گرفته است و در اموال خودش قرار داده و هر چند ملکیت او نسبت به ثمن متزلزل است و مشروط به عدم اعمال فسخ مشتری است ولی به هر صورت فعلاً جزء اموال بایع است و با موت او به ورثه اش منتقل می شود و وقتی مشتری بیع را فسخ کرد این ثمنی که در اختیار ورثه است از ایشان می گیرد لذا علی القاعده باید مبیع هم به آنها برسد و معنی ندارد که ثمن را از آنها بگیریم ولی مبیع را به افراد دیگری بدهیم در صورتی که در وقف عوضی وجود ندارد که به ورثه واقف برسد و پس از انقراض موقوف علیهم بخواهیم با گرفتن آن عوض، عین موقوفه را به جای آن به آنها بدهیم صرفاً یک ملکیت تاهلیه وجود دارد به ورثه واقف می رسد. «الا

أنه فرق لا ينافي ما ذكرناه من القوة»، می گوید این فرق در جهت بحث ما و قوتی که ما گفتیم مؤثر نیست. خب چه قوتی فرمودید؟ می گوید «التي مبناها تناول ادلة الارث لمثل ذلك»^۱.

این فرق در شمول ادله ارث نسبت به ملکیت تاهلیه تفاوتی ندارد.

محشین تحریر به این مطالب دقت نکرده اند، حتی مثل شیخ انصاری هم به نظرم همینطور از این مطالب عبور کرده اند گفته اند مقتضیات ارث است. در صورتی که این فرمایش صاحب جواهر باید بررسی شود.

بله کسانی که می گویند ملک منتقل نمی شود از این بحث راحت هستند و تأهل و اینها لازم ندارند، ولی کسانی که می گویند منتقل می شود باید این را درست کنند که بگوئیم ادله ارث شامل لمثل ذلک یعنی این تأهلها را هم میگیرد.

تتمه کلام انشاءالله فردا.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۱۸: رجوع به ورثه واقف..... ۴۰۷
- خلاصه مباحث گذشته..... ۴۰۷
- لزوم بررسی چند فرع برای تنقیح بحث..... ۴۰۷
- جهات و علل مانعیت وقف..... ۴۰۸
- طبق مبنای مختار، مسئله ۱۸ مجال بررسی ندارد..... ۴۰۹
- نحوه رجوع به ورثه حین الموت در صورت قول به خروج موقوفه از ملک واقف..... ۴۱۰
- تمسک صاحب جواهر به ملکیت تأهلیه..... ۴۱۰
- اشکال در تمسک به ملکیت تأهلیه..... ۴۱۰
- تمسک شیخ انصاری به ذی حق بودن واقف..... ۴۱۱
- تشکیک در ذی حق بودن واقف..... ۴۱۱
- شبهه عدم ارتباط توجیه ملک تأهللی به محل نزاع که ملک طلق است..... ۴۱۱
- راه حلی برای حل شبهه: عین ولو مسلوب المنفعه استمرار دارد..... ۴۱۳
- بررسی شبهه با توجه به فرض انتقال عین موقوفه از ملک واقف..... ۴۱۴
- حل مشکل در این فرض از طریق حبس بودن یا تقطیع ملکیت..... ۴۱۵
- تحلیل نحوه ثبوت قطعات آینده در ملک مالک..... ۴۱۵
- بنابر ملکیت قطعات آتی به نحو شرط مقارن، کار مشکل می شود..... ۴۱۷

مسئله ۱۸: رجوع به ورثه واقف**خلاصه مباحث گذشته**

بحث ما در مسئله ۱۸ در بحث وقف منقطع الآخر بود اگر موقوف علیه منقرض شد بنابر این مبنا که مال موقوفه به ورثه واقف باز می گردد بحث شده است که آیا بازمی گردد به ورثه حین الموت یا به ورثه حین انقراض. تفاوت نیز بسیار است، چون اگر برگردد به ورثه حین الموت، ممکن است کسانی در آن زمان باشند که حین الانقراض نباشند، مثل همان مثالی که در خود این مسئله آمده است، و این مثال در کتب فقهی قبلتر هم به عنوان ثمره این بحث آمده است.

در اینجا دو نظر وجود دارد: یکی اینکه برگردد به ورثه حین الموت، و دیگری اینکه برگردد به ورثه حین الانقراض. در جلسه قبل عرض شد مرحوم شهید در مسالک قائل به این نظر دوم است، فحص تام نکردم تا همه قائلین به این نظر دوم را عرض کنم، اما اکثر فقهاء تا جایی که دیده شد قول به رجوع به ورثه حین الموت را تقویت می کنند.

و ثمره این قول در این فرع ظاهر می شود که اگر واقفی دو ولد دارد، و یکی از این ولدها بعد از موت واقف از دنیا می رود، و این ولدی که از دنیا رفته فرزندی دارد که نوه واقف می شود. در این صورت اگر قائل شویم عین موقوفه میراث ورثه حین موت واقف می شود هر دو ولد واقف می شوند ورثه و سهم فرزندی که از دنیا رفته است به فرزندش می رسد، پس در واقع عمو و برادرزاده با هم در میراث یعنی این مال موقوفه ای که برگشته است شریک می شوند. ولی اگر گفتیم عین موقوفه به ارث ورثه حین الانقراض می رسد در هنگام انقراض موقوف علیهم فقط یکی از اولاد واقف زنده است، و این نوه در طبقه عمومیش نیست تا بتواند ارث ببرد. و تمام عین موقوفه را ولد باقی ارث می برد.

واقعا بحث مشکلی است و لازم است از جهات متعددی تنقیح شود.

حضرت امام قدس سره قول اول یعنی رجوع به ورثه حین الموت را اظهر دانستند. برخی بزرگواران در حاشیه بر این فرمایش وجه را آن دانسته اند که چون در وقف منقطع الآخر عین موقوفه به ملک مالک باقی است با موت واقف مصداق ما ترکه المیت می گردد و ادله ارث بر آن تطبیق می شود لذا هر کس از وراث واقف که در آن زمان زنده است این ما ترک را ارث می برد. لذا این نظر مطابق قاعده است.

لزوم بررسی چند فرع برای تنقیح بحث

منتهی اینجا دقائقی هست که باید حل کنیم:

اولا بسیاری از کسانی که قائل به قول اول شده اند از کسانی نیستند که در وقف منقطع الآخر قائل به بقاء عین موقوفه در ملک واقف باشند. برای آنها چه توجیهی وجود دارد؟

ثانیا باید ادله ارث را لحاظ کرد آیا خصوصیتی ندارد. حتی اگر عین موقوفه در ملک واقف باقی مانده ادله ارث منعی از شمول نسبت به این صورت ندارد و مال از ممن ینقرض برمیگردد به ورثه حین الموت؟!.

ثالثا بر فرض که عین موقوفه بر ملک واقف باقی است و شمول ادله ارث را هم تصحیح کردیم اما آیا وقف مانع ارث بردن عین مادام یکون وقفا نیست؟ اگر وقف مانع باشد پس از زمان موت واقف که هنوز موقوف علیهم منقرض نشده اند و عین بر وقفش باقی است چطور ادله ارث بر آن تطبیق می شود و به ورثه حین الموت می رسد؟ چطور رجوع به ورثه حین الموت را مطابق قاعده درست می کنید با اینکه در هنگام موت هنوز عین موقوفه وقف است؟ می گوئید ملک واقف است و ما ترکه المیت حین الموت او را می گیرد، می گوئیم بله اگر وقف نبود ما ترکه المیت حین الموت آن را می گرفت ولی وقف مانع از تطبیق ما ترکه المیت بر عین موقوفه می شود.

جهات و علل مانعیت وقف

مانعیت وقف هم می تواند از دو جهت باشد: یکی به خاطر روایات بحث وقف که ممکن است مانعیتی تصویر کرده باشد. و جهت دیگر این است که ماهیت عقلائی وقف مانع از چنین نقل و انتقالاتی باشد. که باید هر دو جهت بررسی شود.

پس برای رسیدن به نتیجه لازم است چند قدم برداریم:

قدم اول این است که آیا در وقف، مال در ملک واقف باقی می ماند یا نمی ماند. این مسئله باید حل شود چون عده ای به راحتی اظهارت قول اول است را با ملکیت واقف بر عین موقوفه حل کرده اند؟ در حالی که عده ای عین را ملک واقف نمی دانند و قائل به همین قولند. پس باید روشن شود آلهایی که می گویند ملک واقف نیست به چه صورت رسیدن مال به ورثه حین الموت را درست می کنند.

قدم بعدی بررسی اطلاق ادله ارث است. آیا ادله ارث اطلاق دارد که همه انحاء ما ترک را بگیرد؟ مثلا ممکن است کسی ادعا کند که ادله ارث شامل چنین ملکی که تا زمان انقراض موقوف علیهم مسلوب المنفعة است نمی شود. شاید تا موقوف علیهم منقرض شوند صد سال طول کشید، مثل اینکه کسی بگوید من این خانه را برای زید و فرزندانش و فرزندان

فرزندانش وقف کرده ام یعنی برای سه نسل و طبیعتاً سه نسل صد سال دوام دارند. ممکن است کسی ادعا کند چنین وقفهای منقطع الآخری که عین موقوفه برای مدت طولانی مسلوب المنفعه است مشمول ادله ارث نیست.

هر چند ندیدیم کسی از این جهت تشکیک کند، ولی به نظر می رسد بتوان وجهی برای آن تصویر کرد. لذا باید این را هم لحاظ کنیم.

قدم دیگر بررسی جلوگیری ادله وقف از شمول ادله ارث است. شاید از احکام وقف این باشد که به هیچ صورت نقل و انتقالی روی آن صورت نگیرد ولو بالارث.

همانطور که در برخی روایات «لا یوهب و لا یباع» آمده در برخی روایات «لا یورث» هم وارد شده است.

همچنین باید بررسی شود که آیا ادله ارث شامل همه اوقاف می شود یا تنها شامل برخی از اوقاف می شود و از برخی دیگر منصرف است؟

تا این گامها را بنیمائیم مساله حل نمی شود. البته تأثیر همه این پرسشها یکسان نیست ولی برای پاسخ نهائی باید همه پاسخ داده شوند.

طبق مبنای مختار، مسئله ۱۸ مجال بررسی ندارد

این را عرض کنیم که مختار ما روشن است و ما اصلاً گرفتار مسئله ۱۸ نیستیم. به دلیل اینکه ما رجوع عین موقوفه به واقف و ورثه اش را قبول نداریم چون دلیلی ندارد. خروج از ملک واقف به خاطر اجماعات تمام است. از طرفی ما تقطیع در ملکیت را قبول نداشتیم پس باید دلیلی برای بازگشت این عین به ملک واقف بعد از انقراض وجود داشته باشد که دلیلی بر آن نیافتیم.

لذا باید استصحاب حال مخصص کنیم، یعنی استصحاب کنیم بقای همین حالت خروج از ملک واقف را ولو بعد از انقراض موقوف علیهم و زوال وقف. وقف نیست ولی استصحاب بقاء حال ملکیتش کنیم.

آنوقت عرض شد که اگر ما قائل به ورود عین موقوفه به ملک موقوف علیهم باشیم و نسبت به موقوف علیهم استصحاب هم داشته باشیم باز معنا ندارد که قائل شویم ورثه موقوف علیهم این عین را به ارث می برند.

در نتیجه قول این زهره را تقویت کردیم که علی الظاهر قائل است پس از انقراض، عین موقوفه باید در وجوه بر صرف شود.

پس ما اصلاً مصداق بحث ارث نیستیم و تمام بحثهایی که انجام می دهیم بر اساس مبنای قوم یعنی رجوع عین موقوفه به ورثه واقف است و گرنه بر اساس مبنای ما روشن است که به ورثه واقف برنمیگردد.

حال بر اساس مبنای قوم، اولین مسئله که باید حل کنیم این است که آیا مال موقوفه از ملک واقف بیرون می رود یا نه و اثرش چیست؟ اگر مال موقوفه از ملک واقف بیرون نرود و در ملکش باقی باشد، آنوقت تطبیق ادله ارث بر آن علی القاعده است. فقط می ماند اینکه آیا ادله ارث خصائصی دارد که مانع شود یا نه؟ و گرنه این عین موقوفه ملک واقف است و وقتی مرحوم شد ما ترک او می شود.

نحوه رجوع به ورثه حین الموت در صورت قول به خروج موقوفه از ملک واقف

اما اگر گفتیم عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود اینجا ادله ارث چطور تطبیق می شود؟

تمسک صاحب جواهر به ملکیت تأهلیه

جلسه گذشته بحثی را از مرحوم صاحب جواهر نقل کردیم که می گوید درست است که عین موقوفه از ملک واقف بیرون می رود ولی مانند بحث بیع الخيار که اگر خیاری در بیع وجود داشته باشد ولو اینکه مبیع از ملک بایع خارج شده است ولی این خروجش متزلزل است، مبیع قابلیت عود و تأهل برگشتن به بایع را دارد. در بحث ما به همین صورت است؛ این مال موقوفه گرچه از ملک واقف خارج شده ولی قابلیت و تاهل برگشتن به ملک واقف را دارد. همین تأهل جزء ما ترک واقف است و به ورثه اش به ارث می رسد. چون ادله ارث اطلاق دارد و می گوید ما ترکه المیت هر چه باشد اعم از ملک، عین، حق و حتی این تاهل به ارث می رسد.

اشکال در تمسک به ملکیت تأهلیه

منتهی این مطلب قابل بحث است. بازگشتش به آن بحث دوم است که ببینیم آیا ادله ارث شامل این موارد می شود یا خیر؟

اصلاً این تأهل چیست؟ آیا یک اعتبار شرعی یا عقلانی است؟ یا نه یک امر تکوینی است. و به معنای قابلیت مائی است که برای رجوع هست. اینکه این قابلیت ما مورد ارث باشد و ادله ارث شامل آن شود خیلی مشکل و قابل تأمل است. در بحث بعد این ادله را می خوانیم که یا آیه شریفه است و یا روایات، طبق فرمایش ایشان تأهل هم جزء ما ترک است ولی این اول کلام است. ظهور ما ترک این است که ما ترکه اعم از ملکیت و مال و ملک، و حالا حقوق را هم بفرمائید

داخل است چون امر عقلائی است؛ اما تأهلی که یک امر انتزاعی است یعنی قابلیت است آن هم قابلیت غیر مجعوله و تکوینی که مال می تواند به ملک بایع برگردد آیا این نیز به ارث برده می شود؟! به نظر بسیار مستبعد است.

تمسک شیخ انصاری به ذی حق بودن واقف

مرحوم شیخ انصاری در بحث بیع به تناسب بحث وقف منقطع الآخر و حق فروش مال موقوفه از ناحیه موقوف علیهم می فرماید رابطه واقف با این مال رابطه حق است و غایتش این است که عین موقوفه متعلق حق مالک است. بحث ایشان در بیع است و ربطی به بحث حاضر ما ندارد ولی تصویر ایشان از این رابطه به صورت حق است.

ایشان می فرماید در وقف منقطع الآخری که بعد از انقراض به واقف برمی گردد عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود و به ملک موقوف علیهم در می آید، و غایتش این است که آقای مالک له حق فی هذه الموقوفة نظیر حق البطلون المتأخرة بالنسبة الى البطن الاول پس تصویر ایشان از رابطه واقفی که در وقف منقطع الآخر مال موقوفه از ملکش خارج شده با این ملک در حینی که در ملک دیگران است، رابطه حق است. ایشان می گوید غایتش للمالك حق فی ملكه.

اگر حق باشد ممکن است شما بگوئید مانند بقیه حقوق که مانعی از ارث بردن ندارند مثل برخی از اختیارات این هم یکی از حقوقی باشد که ارث برده می شود و جزو ما ترک به شمار می آید. اما آن تأهلی که صاحب جواهر می گوید واقعا دشوار است.

تشکیک در ذی حق بودن واقف

ادعای وجود حق در اینجا خیلی دشوار است هر چند مرحوم شیخ رحمه الله فرموده اند ولی واقعا حق بودنش قابل تأمل است. اگر حق باشد بعدی ندارد که ما ترکه المیت آن را بگیرد.

شبهه عدم ارتباط توجیه ملک تاهلی به محل نزاع که ملک طلق است

منتهی ما می خواهیم در همین فرضی که مال موقوفه از ملک واقف خارج می شود بحثی حاکم بر این بحثها مطرح کنیم. تصحیح صاحب جواهر برای اینکه مال به وارث زمان موت واقف برسد این بود که تأهل درست کردند و مرحوم شیخ انصاری نیز در مقام حق تصویر کردند و بر فرض اینکه ادله ارث شامل اینها بشود و از ما ترک میت به شمار آیند اما نکته اصلی بحث مغفول مانده است زیرا مطابق مفروض مساله، عین موقوفه عند الانقراض، ملک طلق می شود؛ قرار بود تکلیف این ملک طلق هنگام موت موقوف علیهم تعیین شود نه آن ملکیت تاهلیه هنگام موت واقف.

بحث بر سر این بود حالا که با انقراض موقوف علیهم این عین موقوفه از ملک آنها در آمد و ملک طلق شد و مبنای ما این شد که این ملک طلق باید به واقف یا ورثه او برگردد به چه کسی می رسد؟ به ورثه هنگام موت واقف یا به همین ورثه هنگام انقراض موقوف علیهم؟

مرحوم صاحب جواهر زحمت کشیدند و تأهل درست کردند. اینکه ملکیت تأهلیه هنگام موت واقف به ملک چه کسی رسیده است چه ربطی به تعیین تکلیف ملک طلق هنگام موت موقوف علیهم دارد؟

به این اشکال دقت کنید چون می خواهیم آن را در شق قبل نیز مطرح کنیم. بحث بر سر این است که «لو انقراض الموقوف علیه و رجع الی ورثه الواقف» البته رجع فاعلش مذکور نیست ولی از متن واضح است و فهمیده می شود که یعنی مال موقوفه رجع الی ورثه الواقف. نه تأهل.

بعد الانقراض ما مواجهیم با یک مال موقوفه ای که وقفش مرتفع شده موانعش مرتفع شده و تبدیل شده است به یک ملک طلق، حال به هر دلیلی که در بحثهای سابق پذیرفته شد این مال باید به واقف یا ورثه او باز گردد. منتهی چی باید برگردد؟ این ملک طلق باید برگردد. مرحوم صاحب جواهر در حین موت واقف چون ملک طلقی وجود ندارد تأهل درست کردند اما حالا با موت و انقراض موقوف علیهم که ملک طلق وجود دارد باید تکلیف این ملک طلق را روشن کنند و بفرمایند به چه کسی می رسد؟ چه کسی آن را به ارث می برد؟ همان ورثه حین الموت یا ورثه حین الانقراض؟

پس می خواهیم بگوییم تمام آن زحمتی که کشیدند - که البته صغرایش نیز محل بحث بود که همچنین تأهلی وجود دارد و تطبیق ادله ارث نیز بر آن مشکوک بود- حتی اگر درست باشد مشکلی را حل نمی کند؟ می گوید تأهل جزو ما ترک میت است به ارث برده می شود خب بشود چه ربطی به این ملک طلق دارد؟

البته یک وجهی دارد که بعد عرض می کنم.

حالا همین شبهه را می بریم روی شق سابق. در شق قبل که آقایان به راحتی گفتند اگر عین موقوفه از ملک واقف خارج نشود و در ملک او باقی باشد ارث ورثه حین الموت علی القاعده است؛ فرض کنیم عین موقوفه ملک واقف شد پس واضح است که واقف، عند الموت ملکی دارد که ما ترک اوست و به ورثه حین الموتش می رسد. اما اشکال این است که مگر بحث بر سر آن ملک مسلوب المنفعه حین الموت است؟ آیا بحث روی ملکی است که برای چند صد سال مسلوب المنفعة است و پرسش این است که این ملک به چه کسی به ارث می رسد یا بحث بر ملکی طلقی است که چند صد سال بعد با انقراض موقوف علیهم پدید می آید؟

بحث سر آن ملک طلق است، نه بر سر این ملک مسلوب المنفعة حین موت الواقف.

آقای واقف ملکی را برای زید و پنج نسل بعدی از او وقف کرد و خودش در میانه این زمان فوت کرد. در حین موت، ملاک زمینی است که صد و پنجاه سال مسلوب المنفعة است. این آقایانی که راحت گفتند وجه اظهاریتی که امام و دیگران فرمودند این است که مال موقوفه از ملک واقف بیرون نمی رود پس ملکی است که مات الواقف عن هذا الملك، و ادله ارث یعنی ما ترک شامل آن می شود. بر فرض که در شمول ادله ارث بر این مال تشکیک نکنیم. اما آنچه این ادله شامل آن شده است ملک مسلوب المنفعة صد و پنجاه ساله است. در حالی که بحث متن بر سر این ملک نبود. بحث راجع به این بود که بعد از صدوپنجاه سال که آن ملک تبدیل به ملک طلق شد که همه منافع را دارد به ارث چه کسی می رسد و ادله ارث چگونه بر آن تطبیق می شود؟

اگر به این صورت تصویر کنیم رسیدن مال به ورثه حین الموت خیلی علی القاعده نیست همینطور که تطبیق ادله بر ورثه حین الانقراض خیلی مستبعد نیست. چون می خواهیم ملک طلق حین الانقراض را مصداق ما ترکه المیت قرار دهیم، لذا خیلی بعد ندارد که ادله ارث حین الانقراض بیاید نه حین موت الواقف.

به نظرم این شبهه قابل توجه است هر چند در کلمات اصحاب ندیدیم متعرض آن شوند ولی با تأمل به نظر می رسد قابل طرح است مخصوصا اگر فاصله زمانی واقف تا انقراض موقوف علیهم بسیار باشد که ملک حین موت واقف ملکی باشد با صدوپنجاه سال سلب منفعت. تطبیق ادله ارث بر این ملک ممکن است ولی مشکل را حل نمی کند چون پرسش بر ملکیت مالی بود که بعد از انقراض ملک طلق می شود.

راه حلی برای حل شبهه: عین ولو مسلوب المنفعة استمرار دارد

همانطور که اشاره کردیم این شبهه راه حلی دارد. توجه کنید ببینید این راه حل درست است یا نه.

راه حل این است که درست است که ملک حین موت واقف یک ملک مسلوب المنفعة است و ما ادله ارث را در آن اجراء می کنیم. منتهی همین عین است که در طول زمان ادامه پیدا می کند و نسل به نسل به ارث می رسد یعنی اگر این ولد واقف از دنیا برود ولد ولدش همین ملک را ارث می برد تا اینکه در نسل مقارن با انقراض موقوف علیهم همین ملک، طلق می شود و نیاز به دلیل ارث دیگری نداریم.

نکته ای که می تواند به حل مسئله کمک کند این است که اگر ادله ارث را بر ملک مسلوب المنفعة حین موت واقف تطبیق کردیم حالا همین ملک مسلوب المنفعة ملک فرزند او است و از او به فرزندش می رسد و این توارث نسلا بعد نسل

پیدا می کند و دائماً به ارث برده می شود تا زمانی که طلق شود. پس نکته این است که ملک زمان انقراض ادامه همان ملک زمان موت واقف است لذا دلیل دیگری برای تطبیق نمی خواهیم.

اگر قرار بود حین الانقراض ادله ارث را تطبیق جدید کنیم انصافاً شبهه قوت پیدا می کرد چون باید حساب ما ترک میت را در حین انقراض روشن می کردیم لذا باید می دیدیم ورثه حین الانقراض چه کسانی هستند. ولی روشن است که تطبیق جدید نمی خواهیم در زمان موت واقف ولو ملک مسلوب المنفعة بود و هیچ منفعتی در او باقی نبود، ولی ملک میت بود لذا ما ترک میت به شمار می آمد و ادله ارث شامل آن می شد لذا به ملکیت ورثه میت در آمد و نسل به نسل به همین صورت منتقل شد تا رسید به زمانی که این ملک آزاد شد. وقتی نیز آزاد شد همان ملک است که دیگر سلب منفعتش از بین می رود و طلق می شود. نه اینکه ملک دیگری باشد. لذا نیاز نیست ادله ارث تطبیق دیگری شود.

پس ما بنابر بقاء ملکیت عین موقوفه برای واقف علی الظاهر نمی توانیم اشکال کنیم. حالا دوستان نسبت به این امکان توسعه اشکال بر شق سابق فکر کنند.

بررسی شبهه با توجه به فرض انتقال عین موقوفه از ملک واقف

حال که راه حلی برای شبهه در شق قبل یعنی بقاء عین موقوفه بر ملک واقف مطرح کردیم دوستان ببینند همین راه حل در فرض ما که زوال ملکیت واقف است جاری است یا خیر؟

گفتیم در این فرض نهایت توجیه برای ارث بردن ورثه حین موت واقف این است که مانند مرحوم صاحب جواهر ملکیت تأهلی تصویر کنیم تا به ارث برسد یا مانند مرحوم شیخ انصاری حقی را تصویر کنیم و ادله ارث را بر آن تطبیق کنیم. در شبهه گفتیم این تکلیف ملکیت مطلقه زمان انقراض را روشن نمی کند حال دوستان فکر کنند، این راه حلی که برای شق قبل آوردیم و گفتیم درست است که آن ملک با این ملک از حیث آثار فرق می کند اما ملکیت یک عین است که استمرار پیدا کرده می توانیم در این فرضی که عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود تصویر کنیم؟ واقعا مسئله ای دشوار است.

نتیجه اینکه اگر مبنای ما انتقال عین موقوفه از ملک واقف باشد تطبیق ادله ارث بر ورثه حین موت واقف مشکل می شود برای اینکه تأهل را که قبول نکردیم، چون مشکل ما را حل نمی کند و نمی تواند تکلیف ملک طلق زمان انقراض موقوف علیهم را حل کند.

حل مشکل در این فرض از طریق حبس بودن یا تقطیع ملکیت

حالا می خواهیم راه حلی برای مشکل در این شق نیز ارائه دهیم. آن راه حل این است که: عمده کسانی که می گویند بعد الانقراض مال موقوفه به واقف یا ورثه اش برمیگردد نمی خواهند این را از باب یک تعبد محض و علی رغم همه قواعد قائل شوند.

کسانی که در وقف منقطع الآخر می گویند عین به ورثه زمان موت می رسد به یکی از دو وجه متمسک می شوند: یا می گویند حقیقت این عمل، حبس است، که در این صورت می شود مانند شق قبلی که عین موقوفه در ملک واقف باقی است و تمام. آنهایی هم که می گویند از ملک خارج می شود و بعد الانقراض برمیگردد، عمدتا تا آنجایی که من الان یادم می آید کسانی هستند که قائل به تقطیع ملکیت هستند. مرحوم آخوند و مرحوم سید و متقدمین بر این دو تصریح کرده اند که لم یخرج المال الموقوفه عن ملک الواقف بالمرّة، یا تعابیر قدیمی ترها این است که می گویند لم یخرج کلیّة، جدیدی ترها مثل مرحوم سید و مرحوم آخوند که حرفهای مرحوم شیخ را دیده اند و انکار ایشان را نسبت به تقطیع ملکیت دیده اند چون آن انکار را رد کرده اند و گفته اند می توان ملک را به حسب عمود زمان تقطیع کرد، حرفشان این است که واقف در وقف منقطع الآخر که برای زید و مثلا ولد و نسل اول وقف می کند همین قدر از ملک را اخراج می کند، قطعات بعدی را از اول خارج نکرده است. دقت کنید بحث دقیقی است و ثمره اش هم برای بحث ما خیلی جالب است. حرفشان این است که می گویند: واقف در وقف منقطع الآخر یا وقف الی مدة اگر پذیرفتیم، (که مرحوم سید در یک جا می پذیرد که وقف الی مدة هم اشکال ندارد و قبلا عباراتش گذشت) همین برهه ای را که مقید است از ملکش اخراج کرده است. اصلا قطعات بعد را خارج نکرده است. لذا اصلا تعبیر رجوع مسامحی است، ما در بحثهای سابق هم توضیح دادیم این تعبیر مسامحی است چون از اول اصلا حصه بعد الانقراض از ملک خارج نشده بود.

تحلیل نحوه ثبوت قطعات آینده در ملک مالک

اینجا مشکلاتی وجود دارد که باید حل کنیم. اگر نتیجه این شد که حصه ما بعد از انقراض از اول در ملک واقف باقی است ولی نسبت به حصه ما بین وقف تا انقراض موقوف علیهم پذیرفتید که از ملک واقف خارج شده است حال چگونه ما ترکه المیت شامل این حصه می شود؟

وقتی می گوئید عین در این حصه از ملکش خارج شده و در زمان موت واقف جزء ملکش نیست چگونه ما ترک به شمار آید؟

در اینجا آن بحثهای دقیق اصولی به کار می آید، مگر ما نمی گوئیم که قطعات آینده در ملک مالک هست، باید ببینیم به چه صورت است. اشتراط زمان إما به نحو اشتراط شرط مقارن است و إما به نحو اشتراط شرط متأخر است، و إما اصلا ملکیت به نحو واجب معلق است، یعنی همانطور که وجوب معلق تصویر کردیم ملک معلق نیز تصویر کنیم. بعد الفراغ از اینکه واقف در وقف منقطع الآخر قطعات بعد الانقراض را اصلا از ملکش خارج نکرده، (البته ما قبول نداریم به تبع شیخ انصاری. اینهایی که تصویر می کنند رجوع را عمدتا اینهایی هستند که می گویند فقط یک برهه خارج شده)، خب خارج نشده یعنی من مالکم، چه جور مالکم؟ زمان دارد آخر. من مالک ملکی هستم در پنجاه سال بعد، این چطور می شود؟ یا باید تصویر کنم شبیه واجب معلق را، یعنی از الان مالکم شیئی را در پنجاه سال بعد. الان مالکم، متعلقش یک قطعه از شیئی است یعنی آن بخشی از عین است که مال پنجاه سال بعد است. مثل اینکه من عین را تقسیم کردم در زمان. لذا اگر یادتان باشد در بحثهایی که راجع به کلام شیخ انصاری و جواب آن بود همان جا بحث را مطرح کردیم و گفتیم که ما زمان را در متعلق ملک داخل می کنیم نه در خود ملکیت. در نقض به مرحوم آخوند و سید گفتیم که ملکیت قطعه قطعه نشده، ملک رفته روی اشیائی که همینطور که می توانم هم عرض مالک آن باشم در طول عمود زمان گویی دارم مالک می شوم. چه چیزی را؟ عین پنجاه سال بعد را. الان مالکم عین پنجاه سال بعد را. این یک تصویر است.

تصویر دیگر این است که ملک مثل وجوب معلق نیست، مشروط به زمان است، اما به نحو شرط متأخر. یعنی همین که پنجاه سال بعد می آید الان من مالکم. پنجاه سال بعد شرط متأخر است. یعنی آنوقت سر جای خودش بیاید من الان مالکم. ملک الان مشروط است به زمان آتی. نه به نحو شرط مقارن که زمان آتی باید بیاید، بلکه به نحو شرط متأخر، یعنی آنکه در زمان خودش پنجاه سال بعد آمد الان من مالکم.

لذا شرط متأخر با واجب معلق در نتیجه یکی است، منتهی ما قبول نداشتیم. حالا یک فرق ظریفی هم دارد که در بحث واجب معلق مطرح کردیم. مرحوم آقای خوئی واجب معلق را تبدیل به واجب مشروط به شرط متأخر کرده است.

این از عجایب است و ما گفتیم این حرف درست نیست، آنهایی که قائل به واجب معلق اند وجوبش را مطلق می دانند نه مشروط به شرط متأخر. (حالا این بحث های ریزه کاری فعلا ربطی به بحث ما ندارد).

ما وقتی که می گوئیم قطعات آتی از ملک واقف بیرون نرفته سه تصویر دارد، یکی اینکه بگوئیم به نحو معلق است، الان مالکم عین پنجاه سال بعد را. دیگری اینکه به نحو شرط متأخر است الان مالکم مشروطا به شرطی که پنجاه سال بعد می آید. به نحو شرط متأخر. یا به نحو شرط مقارن است، الان اصلا مالک نیستم، من پنجاه سال بعد که شرطش می آید تازه آنوقت مالک می شوم. یعنی در وقف منقطع الآخر اینطور می شود که بعد الانقراض تازه من مالک می شوم نه اینکه از اول مالک بودم.

حالا دقت کنید، این مشکلی که ما در این شق بر این مبنا پیدا کردیم که گفتیم اگر مال از ملک واقف بیرون رفت مشکل پیدا می شود از جهت اینکه بعد الانقراض چطور ورثه حین الموت ارث ببرند، خب حین الموت ملکی نبود تا ادله ارث تطبیق شود، ما ترکی آنوقت نبود. این اشکال بود. حالا با این بیان ما، ما ترک درست شد. چون الان من مالکم. ولو متعلقش که آن مملوک است مال پنجاه سال بعد است، ولی الان مالکم، چرا ماترک نباشد. این هم جزء ما ترک است. به نحو شرط متأخر هم همینطور است.

بنابر ملکیت قطعات آتی به نحو شرط مقارن، کار مشکل می شود

بله اگر مالکیت من نسبت به قطعات آتی را به نحو شرط مقارن بگیریم کار مشکل می شود و دوباره همان بحثها می آید. البته من کسی هستم که حقی دارم نسبت به ملک آتی، تأهلی دارم، ولی تطبیق ادله ارث بر اینها اول کلام است، اگر هم تطبیق بشود خب اینها را من ارث می برم آن ملک طلق را چطور ارث ببرم.

پس بحث خیلی دشوار شد و پیچ و خم پیدا کرد، روی وجوهی می شود تصحیح کرد حتی بنابر اینکه خروج پیدا کند. و حق هم همین است. اگر کسی گفت که ملکیت قطعه قطعه می شود علی القاعده باید بگوید آن عین قطعه می شود در عمود زمان. مثل منافع که در زمان تقسیم می شود به سکونت امسال، سکونت این ماه، سکونت این هفته، سکونت این روزه در خانه، عین هم همینطور، کأن اعیان در زمان تقسیم می شوند. مرحوم شیخ منکر این بودند شاید هم حق با ایشان باشد به لحاظ اعتبار عقلانی، حالا آنهایی که می گویند می شود اینطور می شود، عین امروز و فردا و پس فردا یا به لحاظ

هفته و ماه و هر چیزی گفتیم. نحوه مالکیت من می شود اینجور. من هم اگر گفتم الان مالکم (که به نظر من همین عقلایی است) بگوئیم الان من مالکم، ولذا مصداق ما ترک می شود اگر اشکال دیگری در شمول ادله ارث نباشد.

این راجع به این مقدمه.

ولی ما باید چند چیز دیگر را هم صاف کنیم: یکی ادله ارث را که ببینیم ضیقی در آنها نیست، یکی هم ادله وقف را که ادله وقف آیا مانع از شمول ادله ارث نمی شود؟ اینها را باید ملاحظه کنیم تا بتوانیم نظر بدهیم. و من تعجب می کنم از این آقایان، فقهای بزرگواری که با عجله از این بحث گذشتند به صرف اینکه ملک میت است و می شود ما ترک میت. که فردا ببینیم اینطور هست یا نه.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- خلاصه مباحث گذشته ۴۱۹
- مسائلی که برای تنقیح مسئله باید حل بشوند ۴۲۰
- تبیین مسئله بنابر قول به زوال ملک ۴۲۱
- بررسی بیشتر قول شیخ ره مبنی بر حق داشتن واقف ولو در صورت ازاله ملک ۴۲۱
- بررسی ادله ارث و شمولش نسبت به مانحن فیه ۴۲۲
- عدم وجود دلیل بر اثبات «ما ترک المیت فهو لوارثه» ۴۲۲
- شاهد روائی بر عدم ارث مطلق ما ترک ۴۲۲
- تشکیک در مال بودن مطلق ملک ۴۲۳
- ملکی که طویل المدت مسلوب المنفعه باشد مال نیست ۴۲۴
- شاهد بحث: ضمان عین موقوفه در وقف منقطع الآخر به ازاء مالیت است نه ملکیت ۴۲۵
- معیار ارث در آیات شریفه ۴۲۶
- تمسک به اطلاق هنگام شک در مقام بیان بودن متکلم از جهتی خاص ۴۲۶
- شان نزول آیه، ظهور ما ترک در اطلاق را مخدوش می کند ۴۲۷

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در مسئله ۱۸ بود که اگر موقوف علیهم منقرض شدند و بنا شد که مال موقوفه به ورثه واقف رجوع پیدا کند، آیا به ورثه عند موت واقف می رسد یا به ورثه ای که عند انقراض موقوف علیهم هستند. حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه مثل خیلی از فقهاء فرموده اند اظهر این است که به ورثه عند موت الواقف می رسد. و برخی مثل شهید ثانی در مسالک و روضه و برخی دیگر فرموده اند به ورثه عند الانقراض می رسد. و اثر عملی اش هم در فرعی که گفتند ظاهر شد که واقفی که حین الموت دو ولد دارد، و یکی از ولدها باز ولدی دارد، همین ولدی که دارای ولد هست بعد از موت واقف از دنیا می رود. اگر بگوئیم به ورثه عند الموت میرسد، هر دو ولد وارث می شوند و چون یکی از دنیا رفته ابن او با عمویش در ارث شریک می شوند، اما اگر گفتیم به ورثه حین الانقراض می رسد فقط یکی از ولدها حین الانقراض زنده است لذا تمام ارث به او می رسد.

عرض شد برخی توجیه فرمایش مرحوم امام و فقهای هم مسلک ایشان را این دانسته اند که چون مال موقوفه از ملک واقف خارج نمی شود و وقف منقطع الآخر در حکم حبس است در هنگام موت ادله ارث بر این واقفی که مالک است تطبیق می شود و ورثه او از باب ما ترک میت مالک می شوند و هیچ مشکلی وجود ندارد.

تنها نکته این است که ملکی را به حسب حکم شرعی یا حکم عقلانی که امضاء شده است مالک شده اند باید تا زمان انقراض موقوف علیهم در دست آنان باشد. ولی این منافاتی با ارث بردن ورثه حین الموت ندارد، دلیلش را هم گفتند روشن است.

مسائلی که برای تنقیح مسئله باید حل بشوند

جلسه گذشته عرض شد برای روشن شدن نتیجه مساله باید سه مسئله را حل کنیم:

یک مسئله این است این توجیه بر مبنای کسی است که می گوید ملک در دست واقف است و زوال پیدا نمی کند، در حالی که بسیاری از فقهای که ملک واقف از مال موقوفه را زائل می دانند نیز همین نظر را دارند، توجیه ارث ورثه عند موت واقف بر اساس مبنای آنان چیست؟ این مسئله را جلسه گذشته بحث کردیم و دقت فوق العاده ای هم شد در یک بیانی که ما به آن بیان تا آخر نیاز داریم.

مسئله دوم این است که آیا ادله ارث این جور ملکهای مسلوب المنفعه طولانی مدت مانند تا صد سال را هم شامل می شوند یا نه.

و مسئله سوم که مسئله بسیار مهمی است این است که: بر فرض میراث موضوع دارد، یعنی ادله میراث اطلاق دارند و این موارد را می گیرند، اما آیا وقف مانع تطبیق ادله میراث در مقام نمی شود؟ اگر با اینکه ادله میراث فی حد ذاتها قابل تطبیق است، ولیکن ادله وقف مانع از تطبیق ادله ارث در حد فاصل زمان موت تا زمان انقراض شود چطور می توانیم به ملک زمان موت واقف تطبیق کنیم و ارث ورثه حین الموت را نتیجه بگیریم.

پس به آن صورتی که برخی از محشین تحریر الوسیله فرموده اند بنابر اینکه خروج مال موقوفه از ملک واقف را قبول نداشته باشیم مساله روشن است نیست و باید هم تطبیق ادله ارث را بررسی می کردند و هم مانعیت ادله وقف از این تطبیق را. و هر دو بحث دشوار است.

تبیین مسئله بنابر قول به زوال ملک

نسبت به مسئله اول دیروز بحث کردیم. به نظر می رسد اگر قائل به زوال ملک شویم توجیه این نظر خیلی دشوار می شود. مرحوم صاحب جواهر ره تأهل را مطرح کردند و مرحوم شیخ حق تصویر کردند به این بیان که ولو ملک واقف بر عین موقوفه زائل شود اما حق واقف نسبت به این ملک به این معنا که {ورثه} موقوف علیهم بعد از انقراض نتوانند تصرف کنند و بر می گردد به واقف وجود دارد و به ارث ورثه واقف می رسد.

جلسه گذشته عرض شد که اولاً اینکه اینجور چیزها مشمول اطلاعات ادله ارث است و ارث برده شود اول کلام است. حتی ما حق بودنی که شیخ می فرماید را هم درست متوجه نمی شویم که جهتش را عرض می کنم. تأهلی که مرحوم صاحب جواهر می فرماید، یک امر انتزاعی واقعی است این ارث برده می شود یعنی چه؟ این برای ما روشن نیست. تصحیحی بیان کردیم به این صورت که واقف از حالا نسبت به ملک آینده مالک باشد و همین تحت ادله میراث برود. دیروز به تفصیل عرض شد دیگر تکرار نمی کنیم.

بررسی بیشتر قول شیخ ره مبنی بر حق داشتن واقف ولو در صورت ازاله ملک

فقط یک جمله راجع به حقی که مرحوم شیخ فرمودند عرض می کنم: مرحوم شیخ در عبارتی در مکاسب می فرماید: غایتش این است که در وقف منقطع، واقف که ملکش زائل شده و به ملک موقوف علیهم درآمده نسبت به این ملک حقی دارد.

عرض من این است که حق را از کجا می گوید؟ مگر هر چیزی ارتباط داشته باشد حق است؟

اگر ما اینطور بگوئیم (که تحقیق نهائی جلسه گذشته بود): واقف ملکش نسبت به عین موقوفه زائل می شود لذا تا حین الانقراض که حقی ندارد، اصلاً ملک او نیست، چون از ملک او زائل شده و ملک موقوف علیه است. ولیکن نسبت به املاک آتی مالک است، حق یعنی چه؟ اصلاً مالک است. ما به مالک کتاب که نمی گوئیم شما نسبت به کتاب حق داری، مالک کتاب است. پس واقف نسبت به قطعات آتی بعد از انقراض موقوف علیهم مالک است اما نسبت به حالا که (موقوف علیهم) زنده اند نه. البته مرحوم شیخ از کسانی است که این قطعات را قبول ندارد، اگر قبول نداشته باشیم دیگر اصلاً بحث رجوع به آنها معنا ندارد. اینکه ما بخواهیم یک حقی ثابت کنیم و بعد بگوئیم این حق مورد ارث قرار میگیرد این اول کلام است. این نکته ای است که دوستان باید عنایت کنند.

بررسی ادله ارث و شمولش نسبت به مانحن فیه

اما مسئله دوم بررسی ادله ارث است. من به نظرم اینهایی که اینطور سهل گرفته اند مثل محشین تحریر که گفته اند «فالموقوف لم یخرج عن ملک الواقف فقد مات عن عین یملکها، غایة الامر لیس للورثة منع الموقوف علیهم مادام حیا، فإذا کانت الحال کذلک یرثه ولداه.»^۱ منظورشان از ولداه یعنی دو فرزندی که در مثال آمده، آنها عند موت الواقف ارث می برند. به نظرم این ساده انگاری ناشی از این است که آن قاعده ما ترکه المیت فهو لوارثه را ثابت پنداشته اند. قبلا بحث این قاعده گذشت. دیدیم هم در عبارت مرحوم شیخ و هم فقهای دیگر آمده بود. گوئی می خواهند بفرمایند هر چه مالک باقی گذاشت فهو لوارثه و لو چنین ملک مسلوب المنفعة ای باشد. چون مما ترکه المیت است فهو لوارثه. شاید مرحوم صاحب جواهر نیز مطلبی شبیه این را بیان فرمودند که می خواستند کل آنچه میت ترک می کند را شامل این تأهل هم بدانند لذا جزء ارث ورثه واقف به شمار آورند.

عدم وجود دلیل بر اثبات «ما ترکه المیت فهو لوارثه»

ولی واقعش این است که ما با فحصی که کردیم، چنین چیزی که ما ترکه المیت فهو لوارثه نداشتیم. تقریباً چند روایتی که خواندیم شاید هفت و هشت روایت بود همه اینطوری است که من ترک مالا فلوارثه، یا من مات و ترک مالا فهو لوارثه. دلیل مطلق به عنوان «ما ترک» نداریم {که شامل غیر مال هم بشود} حال پرسش این است که آیا تأهل مال است؟ تأهل به معنای این خاصیت و ویژگی که مال موقوفه بعداً می تواند به واقف برگردد یعنی بعد از انقراض موقوف علیهم که این مال طلق شد می تواند برگردد این آیا مال است که ما این تأهل را بگوئیم جزء میراث است؟.

شاهد روایی بر عدم ارث مطلق ما ترک

مثلاً این روایت عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام (روایت در کتاب کافی است و سندش هم خوب است) قال: «من مات و ترک دیناً فعلینا دینه و الینا عیاله و من مات

۱ احکام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحه: ۶۵

و ترک مالا فلورثته (ترک مالا فرموده)، و من مات و لیس له موالی فماله من الانفال^۱ به این فقره کار داریم که امام علیه السلام فرمودند: «من مات و ترک مالا». بقیه روایات که اصلاً مات هم ندارد بلکه «من ترک مالا» دارد.

در روایت دیگر که در فقیه نقل می کند ظاهراً سندش هم درست است، «قال سمعت ابا عبد الله علیه السلام يقول کان رسول الله صلی الله علیه وآله يقول: اَنَا اَوَّلُیْ بِکُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ وَ مَنْ تَرَکَ مَالاً فَلِلْوَارِثِ وَ مَنْ تَرَکَ دِیناً أَوْ ضِیَاعاً فَإِلَیَّ وَ عَلَیَّ»^۲ اگر کسی باقی گذارد دینی را و ضیاعی را که {در اینجا} به معنای اهل و عیال و من یجب نفقته معنا کرده اند، و فرض هم این است که من ترک دیناً أو ضیاعاً فإلیّ و علیّ در جائی است که شخص نداشته باشد، اینکه واضح است، و الا اگر شخص داشته باشد باید دینش را از مال خودش بپردازد کما فی الآیه.

در معانی الاخبار هست و اگر اشتباه نکنم در عیون اخبار الرضا علیه السلام هم هست، که من از مستدرک نقل می کنم روایت این است که: «عن الرضا علیه السلام قال صعد النبی صلی الله علیه و آله و سلم المنبر فقال من ترک دیناً أو ضیاعاً فعلىّ و الیّ و من ترک مالا فلورثته»^۳.

دیگر بقیه روایات را نمی خوانیم، چون یکبار روایات را خواندیم، من دوباره نگاه کردم تمام این روایات چندگانه که ما خواندیم همه اش ترک مالا دارد. حالا سؤال این است که آیا آن تأهل مال است؟

تشکیک در مال بودن مطلق ملک

شاید در اینجا شبهه دیگری پیش آید که آیا ملک موقوفه مال است؟ حتی به نظر کسانی که می گویند عین موقوفه بر ملک واقف باقی است بنابر این که مستند ارث این روایات باشد باید بحث کنند که آیا این ملک مسلوب المنفعه مال است؟

۱ وسائل الشیعة؛ ج ۲۶؛ ص ۲۴۷

۲ من لا یحضره الفقیه؛ ج ۴، ص: ۲۵۱

۳ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۳، ص: ۳۹۸

البته با فحص مختصری که انجام شد نرسیدم جز دو آیه ای که الان خواهم خواند و روایتی که به این دو ارجاع می دهند چیزی پیدا کنم. اما بحث جالبی است دوستان اگر فرصت کنند دنبال کنند، آیا در ادله میراث معیار، ملک است یعنی ما ترکی که معیار است عبارت است از مطلق ملک اعم از مال و غیر مال یا اینکه ما ترک الزاما باید مال باشد. این روایاتی که الان خواندیم می گوید باید مال باشد.

این بحث فروضی دارد، فرض کنید شخصی رفته صحرا و سنگ زیبایی که به نظر خودش قشنگ است پیدا کرده و آورده در خانه اش گذاشته است، اما هر کسی نگاه می کند می گوید این پشیزی نمی ارزد. همینکه می گویند ارزشی ندارد پس لا یدل بازائه المال و به لحاظ عقلانی این سنگ مال نیست. بله خیلی چیزها را انسان دوست دارد و به لحاظ شخصی تملک می کند و حیازت کرده آورده خانه اش ملک او شده، ولی مال نیست. کما اینکه در مکاسب دیدید که زیاد مثال می زنند که یک دانه گندم ملک هست ولی مال نیست. چون چیزی نیست که یدل بازائه المال ولی ملک من هست. ولذا اگر یادتان باشد در همین بحثهای حظر و اباحه یکی از نقضها گندمهایی بود که ریخته می شود روی زمین که آیا بدون اذن مالک می شود تصرف کرد یا نه، مرحوم سید مرتضی می فرمودند این علامت این است که تصرف در مال غیر باطلاقه اشکال ندارد، مثل این گندمهایی که بعد از جمع کردن زراعت روی زمین ریخته میروند جمع می کنند، مرحوم شیخ طوسی فرمود همان هم قابل بحث است ممکن است کسی بگوید من راضی نیستم آنها را جمع کنید، می خواهد خودش جمع کند. پس می شود شیئی مال نباشد و ملک باشد مانند سنگ مورد مثال.

حال سؤال این است که وقتی مالک این سنگ از دنیا می رود آیا سنگ هم جزء میراث اوست؟ یا میراث فقط چیزهایی هستند که مال اند ولو اینکه حق باشند ولو اینکه خصائصی باشند ولی باید مال باشند. حق را اگر مال دانستیم داخل در ما ترک می شود ولی اگر مال ندانستیم آیا منتقل می شود؟

این مقدمه برای این طرح شد که ممکن است در بحث ما در مورد آنهایی که عین موقوفه را ملک نمی دانند روشن باشد که تاهل و امثال آن مال نیستند. تأهل که مال نیست، اینکه قابلیت رجوع به واقف دارد آیا این مال است؟ واضح است که این مال نیست.

ملکی که طویل المدت مسلوب المنفعه باشد مال نیست

اما نسبت به آنهایی که می گویند عین موقوفه ملک واقف است منتهی ملک مسلوب المنفعه اگر این مسلویت منفعت چند نسلی باشد. بگویند این زمین را وقف کردم برای آقای زید و ده نسل بعدش، و دیگر نسبت به بعد از این ده

نسل تعیین تکلیف نکرده است، این وقف، منقطع الآخر است. حالا این ده نسل به طور متوسط به نحو افتراق و بدون همپوشانی بین سی صد تا چهارصد ساله است. سؤال این است که یک زمین یا خانه ای که برای سیصد سال مسلوب المنفعه در دست واقف است مال است؟ یعنی در زمان موت واقف که شاید سیصد سال تا انقراض موقوف علیهم مانده است این زمین یا خانه مال است؟ ممکن است بگوئید در زمان نزدیک به انقراض موقوف علیهم مالیت دارد اما در زمان موت واقف نیز مال است تا مشمول ادله ارث شود و به ورثه برسد؟

عقلاء در ازاء خانه ای که پانصد سال مسلوب المنفعه است مال و پول می دهند؟ اگر بدهند به آن آقای موقوف علیهم می دهند که الان مورد استفاده آنهاست، نه به این آقای مالک.

شاهد بحث: ضمان عین موقوفه در وقف منقطع الآخر به ازاء مالیت است نه ملکیت

اگر یاد دوستان باشد در بحث زوال ملکیت واقف عده ای به این نظر فقها استناد کردند که ضمان اتلاف و غصب عین موقوفه برای موقوف علیهم است نه برای واقف. پس اینکه فقهاء می فرمایند ضمان برای موقوف علیهم است نشان می دهد که ملک واقف زائل می شود. مرحوم شیخ در پاسخ فرمودند نکته ای در بحث ضمان وجود دارد که تطبیق آن را بر واقف با مشکل روبرو می سازد و آن اینکه ضمان به ازاء مالیت است نه به ازاء ملکیت. هر کجا مالیت است ضمانش هست. لذا ما می توانیم اذعان کنیم که در وقف منقطع الآخر عین موقوفه ملک واقف هست و در عین حال می توانیم اذعان کنیم که ضمان برای او نیست، چون ضمان دائر مدار ملک نیست بلکه دائر مدار مالیت است، و مالیت در اختیار موقوف علیهم است چون انتفاعات با آنها است، و ملک واقف مسلوب المنفعة است.

حالا عرض ما این است که این محشین بزرگوار که آمده اند جهت انتخاب قول اول توسط حضرت امام و دیگران را وجود ملکیت بر عین موقوفه و شمول ادله ارث دانسته اند اگر به این نکته توجه کنند که ادله میراث بر روی عنوان مال رفته است آیا نباید بحث کنند که آیا ملک مسلوب المنفعة پانصد ساله مال است؟ ملک هست اما آیا مال است؟

همچنین آیا نباید بحث کنند که ادله میراث اطلاق دارد نسبت به ما ترک و اعم از مال است؟ حال ممکن است کسی حق را مال بداند، اما تأهل یا این ملک مسلوب المنفعه واقعا مال اند؟ حال مسلوب المنفعة یک ساله و ده ساله را ممکن است انسان بگوید از مالیت نمی افتد فقط ارزشش کم می شود، اما ملک که پانصد سال مسلوب المنفعه است آیا مردم حاضرند به ازاء آن پول بدهند؟ به نظر من که این سفهی است. اگر این باشد این بزرگوارانی که بحث کرده اند و راحت

گفته اند هذا ملك و مات عن ملك، آیا نباید بحث می کردند که آیا ملك معيار ارث بردن است یا مالیت. این روایات که می گوید مال معيار است.

معيار ارث در آیات شریفه

بله دو آیه شریفه هست اینها را ببینیم (البته دوستان زحمت بکشند که آیا ادله دیگری در روایات می توانیم پیدا کنیم که اطلاقی داشته باشد بطوری که ملك را و كل ما ترك را بگیرد. و اطلاقی هم به درد بخور باشد نه اینکه در مقام بیان نباشد): دو آیه در سوره مبارکه نساء وارد شده:

آیه اول: آیه ۷ سوره نساء: "للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الاقربون و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الاقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا".

اینجا مال ندارد، مما ترك دارد. هم در مورد رجال و هم در مورد نساء دارد نصيب مما ترك الوالدان و الاقربون. هر چیزی که ما ترك صدق کند، للرجال نصيب فيه و للنساء نصيب. کسی بگوید اینجا این مما ترك اطلاق دارد هر چیزی که ما ترك باشد. و این ما ترك اینجا صدق می کند بر مال و بر ملك چون ملك نیز بالاخره ماترك است، همچنین بر حق نیز صدق می کند. چون اینجا دیگر تقیید به مالیت ندارد.

تمسك به اطلاق هنگام شك در مقام بیان بودن متكلم از جهتی خاص

منتهی باید ما احراز کنیم که خداوند متعال در مقام بیان این جهت هست که می خواهد ذكر کند هر آنچه صدق ما ترك می کند میراث می شود. در این مقام هست. ممکن است مقام بیان را بپذیرد. ما در اصول به تبع مرحوم آخوند و دیگران قائل شدیم اگر شك کنیم که متكلم از جهات مختلف در مقام بیان هست یا نه اصل این است که در مقام بیان است، برخلاف آقای خوئی ره و کسانی که این را قبول ندارند، می گویند هر كجا كلام بالمره لغو شود اینطور است و اما اینکه بخواهیم از ده جهت اطلاق گیری کنیم و شك در مقام بیان کنیم و بگوئیم اصل این است که متكلم از تمام جهات در مقام بیان است این دلیل ندارد.

حق این است که این حرف صحیح نیست و اگر این را نگوئیم سنگ روی سنگ بند نمی شود، تفاهم عرفی بر اساس همین است که اگر شك کنیم در مقام بیان است اصل این است که در مقام بیان است.

شان نزول آیه، ظهور ما ترک در اطلاق را مخدوش می کند

منتهی یک نکته ای وجود دارد که من یک فحص اجمالی کردم نرسیدم تفاسیر را به تفصیل نگاه کنم، مرحوم شیخ طوسی در تبیان در وجه شان نزول این آیه می فرماید: برخی گفته اند برای این است که در زمان جاهلیت به زنها ارث نمی دادند، و این آیه در مقام این است که للرجال نصیب مما ترک و للنساء نصیب مما ترک. اگر این حرف درست باشد گرچه شان نزول مفاد را تقیید نمی کند، ولی نشان می دهد که اصلاً این آیه در مقام بیان اینکه همه ما ترکها مورد ارث هستند نیست، بلکه می خواهد بگوید چه کسانی ارث می برند.

درست است که ماترک بر چیزهائی صدق می کند اما آیا آیه در مقام بیان این جهت بوده تا توانیم از آن اطلاق بگیریم؟

به نظر می رسد این شان نزول در مقام بیان بودن را تضعیف می کند.

همچنین مرحوم شیخ طوسی فرموده اند برخی شان نزول آیه را تعیین کسانی دانسته اند که ارث می برند در این صورت نیز اطلاق ما ترک را تضعیف می شود. شان نزول این است که در زمان جاهلیت کسانی که رمح و تیر می انداختند که کنایه از کسانی است که از عصبه و قبایلشان دفاع می کردند ارث می بردند اما کسانی که اهل این دفاع نبودند ارث نمی بردند.

آیه در مقام بیان این است که این امور تاثیری در ارث ندارد، رجال و نساء، چه اهل دفاع باشند چه نباشند همه ارث می برند. شان نزول برای دفع اختصاص در جاهلیت است.

در هر حال هر دو وجه شان نزول مربوط به کسانی است که ارث می برند و این آیه می خواهد اختصاص به افراد خاص را دفع کند. در این صورت اینکه مما ترک الوالدان در مقام بیان این باشد که هر آنچه که ترک کرده اند حتی امثال تأهل، متعلق ارث است تضعیف می شود. البته لازم نیست که اطلاق ناظر به کثرات باشد، بلکه همینکه ما ترک بر آن صدق می کند کافی است، اما آیا اصلاً آیه در مقام بیان این جهت بوده است؟ انسان قدری به تردید می افتد.

آیه دوم: آیه ۳۳ سوره نساء: "ولکل جعلنا موالی مما ترک الوالدان و الاقربون والذین عقدت ایمانکم (ظاهراً یک قرائت دیگر عاقدت ایمانکم هست) فأتوهم نصیبهم إن الله کان علی کل شیء شهیداً".

موالی یعنی اولیاء و ورثه. لکل را گاهی به معنای لکل منکم می دانیم یعنی برای هر کدام از شما ورثه ای قرار دادیم. مما ترک الوالدان، این مما بیانی و تأویلی می خواهد. یعنی لکل جعلنا موالی الذین ترکوا شیئاً مما ترک الوالدان و الاقربون،

یک چیزی می خواهد که مما را درست کند. اما بعضی لکل را به اشیاء زده اند، یعنی لکل شیء جعلنا موالی مما ترک. این بهتر می خورد. شما جعلنا موالی را بردارید می شود لکل شیء مما ترک الوالدان والقربون جعلنا موالی. یعنی برای هر شیئی که ترک الوالدان والاقربون ما ورثه ای قرار دادیم. این بیان دوم را که از ابوعلی جبائی نقل کرده اند به نظر بهتر می آید. اینجا هم دارد مما ترک الوالدان و الاقربون است، ظاهرا مما ترک هم اطلاق است. اما دوباره همان بحث قبلی نمی آید که آیا این آیه در مقام بیان چیزهایی است که ارث برده می شود یا در جهت بیان ورثه است. ولذا فرموده لکل جعلنا موالی.

در روایات مبینة در بحث ارث، ائمه علیهم السلام به همین آیه تمسک کرده می فرمایند مقصود اولیاء نعمت مانند معتق نیستند بلکه موالی ارث یعنی ورثه هستند. بعد والذین عقدت ایمانکم آن کسانی هستند که پیمان بسته اند، مثل زوجه که در اثر پیمان ارث می برد، یا ضمان ولاء جریره یا ولاء عتق که آنها بخاطر پیمان و امثال این ارث می برند.

حالا بحث سر این است که مما ترک الوالدان آیا اطلاق دارد و هر ما ترکی را حتی ملکی را که مسلوب المنفعة است للتالی تا صدها سال در بر می گیرد یا اینکه حتما باید مال باشد، مما ترک الوالدان یعنی اموالی که ترک کرده اند. آیا مما ترک مثلا سنگریزه ای را کسی دوست داشته و آورده در خانه اش گذاشته هم شامل می شود چون ما ترک است؟

واقعا بعید نیست که مما ترک مقصود اموال باشد نه هر ما ترکی و لو یک سنگ بی ارزشی که از بیابان آورده اند یا چوب بی ارزشی که از جنگل آورده اند ولی طرف خوشش می آید. ولذا این هم قابل تأمل است.

حالا دوستان روی اینها فکر کنند، اگر ما این آیات را هم مثل آن روایات بگوئیم مفادش من ترک مالا فهو لواثره است، خب آنوقت خیلی مشکل می شود، حتی در جائی که ملک واقف هم زائل نشود مشکل می شود. اما اگر ما بگوئیم نه، ما ترک و امثال این اطلاق دارد و حتی بتوانیم روایات دیگری پیدا کنیم یا آیاتی که همین مضمون را داشته باشد و بتوانیم اطلاقش را تصحیح کنیم، آنوقت راه درست می شود که اگر ملک باشد ولو مال نباشد این هم جزء ما ترک می شود و ادله ارث بر آن تطبیق می کند.

این را دوستان دقت کنند، من واقعا برایم روشن نیست که این ما ترکها چنان اطلاقی داشته باشند که غیر مال را هم شامل بشوند.

انشاءالله در ادامه مسئله اگر چیز جدیدی پیدا کردیم فردا بحث می کنیم و الا می رویم سر مسئله سوم که آیا وقف مانع هست یا نه. آنها بحث واقعا دشواری دارد.

شماره جلسه: ۱۱۰ (سال دوم) درس خارج فقه آیت الله آملی لاریجانی (حفظه الله) تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۲۴

موضوع عام: کتاب الوقف موضوع خاص: رجوع به ورثه واقف (مسألة ۱۸)

«والسلام علیکم ورحمة الله»

باسمه تعالی

| | |
|---|-----|
| خلاصه مباحث گذشته | ۴۳۰ |
| عدم شمول ادله میراث بر مانحن فیه | ۴۳۱ |
| بحث کبرای ما ترک | ۴۳۱ |
| در تفاسیر آیات الاحکام، استفاده اطلاق وجود ندارد | ۴۳۲ |
| دشواری استفاده حقوق از آیات و روایات | ۴۳۳ |
| دو شرط مرحوم شیخ برای موروث شدن حقوق | ۴۳۳ |
| شبهه حکمیه و مصداقیه ما ترک | ۴۳۴ |
| آیات در مقام بیان نیست تا اطلاق داشته باشد | ۴۳۵ |
| بر فرض وجود اطلاق، مطلقات به خاطر وحدت مطلوب تقیید می خورند | ۴۳۵ |
| استفاده اطلاق و عموم از بعضی روایات ارث | ۴۳۶ |
| توجیه روایات | ۴۳۶ |
| اشکال در اطلاق روایت | ۴۳۷ |
| بقاء اشکال حتی در فرض عدم نیاز به اطلاق در متعلق عموم | ۴۳۷ |
| بیانات حضرت امام ره | ۴۳۸ |

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در وقف علی من ینقرض بود که رسیدیم به مسئله ۱۸. گفتیم بعد الانقراض بنابراینکه مال موقوفه به واقف یا ورثه او بازگردد سؤال این است که آیا برمی گردد به ورثه حین الموت یا ورثه عند الانقراض، و بر این مسئله هم آثاری مترتب است از جمله فرعی که در تحریر آورده بودند.

چون در متن تحریر اختیار کردند که اظهر این دو قول، قول اول است و این مال به ورثه حین الموت برمیگردد و آنها ارث می برند، برخی از علماء در تحشیه بر این فرمایش امام فرموده اند وجه این قول این است که مال از ملک واقف بیرون نمی رود، لذا واقف هنگام مرگ، مات عن ملک و علی القاعده مانند بقیه موارد موت مورث، عناوین ارث بر این مال صدق می کند و دو فرزندی که در مثال تحریر آمده بود هر دو ارث می برند.

چند بحث در جلسات گذشته مطرح شد: اولاً این قول انحصاری به این مبنا ندارد. مشهور فقها قائلند که عین موقوفه به ورثه عند الموت می رسد، ولی همه این قائلین از کسانی نیستند که قائل به بقاء این عین در ملک مالک باشند، بلکه بر عکس اکثر فقهاء قائل به زوال ملک واقف شده اند. بنابر این بر اساس این مبنا نیز باید این قول را توجیه کنید.

عرض شد مرحوم صاحب جواهر برای حل مشکل قائل شدند واقف، تأهل ملکیت عین و بازگشت آن بعد از انقراض موقوف علیهم به ملکش را داراست؛ و این تاهل، خصیصه و امتیازی است که توسط وارث واقف، ارث برده می شود. زیرا عموم یا اطلاق ما ترک شامل آن می شود.

مرحوم شیخ هم در مکاسب تصریح می کند در وقف منقطع الآخر هر چند زوال ملکیت شده است اما برای واقف، حقی در این عین باقی است که می توان ادله ارث را شامل همین حق دانست.

عرض شد پذیرش این فرمایشات مشکل است. اولاً شمول ادله ارث بر این موارد مشکل است که بحث امروز ما حول این محور است. ثانیاً بفرض هم شمول را بپذیریم مگر قصد ما تصحیح ارث تاهل یا حق است؟ ما می خواهیم بر مدار آنچه که در این مسئله و مشابهاتش در کلمات فقهاء آمده رجوع مال موقوفه را عند الانقراض که یک مال طلق است تصحیح کنیم نه تاهل و حق را.

ما عرض کردیم که سه تا مسئله باید حل بشود. یکی این بود.

عدم شمول ادله میراث بر مانحن فیه

یک بحث اساسی درباره شمول ادله میراث است و تعجب است که چگونه بحث نکرده اند که بنابر عدم خروج عین موقوفه از ملک واقف، چگونه ادله ارث شامل این ملک مسلوب المنفعه می شود؟ چگونه ممکن است عقلاء در مقابل ملکی که برای ده نسل مسلوب المنفعه است پولی پرداخت کنند. و وقتی صدق مال بر این ملک مسلوب المنفعه نمی کند چگونه ادله ارث که موضوعشان مال است شامل آن می شود؟

مهمتر از این اشکال اینکه آیا در اوقاف و لو وقف منقطع آیا مانعی از توریث نیست؟ اگر در برهه ای که موت واقف واقع می شود که عین موقوفه هنوز در وقف موقوف علیهم ادله ارث قابل تطبیق نباشند، عند الانقراض تازه ادله ارث می خواهند بر عین تطبیق شوند و طبیعتاً تطبیق آن بر ورثه عند الموت روشن نیست؟ پس باید تک تک این مباحث را بررسی کنیم. در جلسه گذشته عدیل این تصویرها عرض شد که دیگر تکرار نمی کنیم.

بحث کبرای ما ترک

در خصوص بحث کبرای ما ترک جلسه گذشته عرض کردیم که در روایات ما اصلاً عبارت مطلقاً به مضمون «ما ترکه المیت فهو لوارثه» وجود ندارد تقریباً تمام روایاتی که قریب به این مضمون است موضوعش مال است. با عباراتی همچون «من ترک مالا فهو لوارثه» یا «من مات و ترک مالا فهو لوارثه» که این روایات ذیل روایت شریف حضرت رسول

اکرم صلی الله علیه وآله است که فرمودند: «من ترک دیناً أو ضیاعاً، (یا) من ترک دیناً أو اهلاً یا عیالاً فاللّی و علیّ و من ترک مالا فهو لوارثه». پس روایات عنوان مال دارد لذا باید بر ما ترک، مال صدق کند.

در آیات شریفه نیز تقریباً شش آیه قرآن به این شکل است، منتهی مهمش همان دو آیه ای است که خواندیم: یکی آیه شریفه ۷ سوره مبارکه نساء "للرجال نصیب مما ترک الوالدان و الاقربون و للنساء نصیب..."، و یکی آیه شریفه ۳۳ سوره نساء که "و لكل جعلنا موالی مما ترک الوالدان و الاقربون"، که ممکن است کسی بگوید مما ترک الوالدان اطلاق دارد.

جلسه گذشته عرض کردیم که از شأن نزول بیان شده در برخی از این آیات به دست می آید که اصلاً آیه در مقام بیان این جهت که چه مالی به ارث برده می شود نیست. بلکه در مقام بیان این است که چه کسانی ارث می برند. و لذا به نظر می آید اینکه آیه اطلاق داشته باشد و «ما ترک الوالدان و الاقربون» هر آنچه باقی بماند را شامل شود و لو به قدری ضئیل باشد که عقلاء در مقابل آن عوضی پرداخت نکنند تضعیف می شود. البته در خود آیه شریفه «مما قلّ منه أو کثر» دارد لکن معنای این عبارت این نیست که مال نباشد. لذا روشن نیست در جایی که اصلاً مال نباشد و صدق مالیت نکند آیه شامل شود.

در تفاسیر آیات الاحکام، استفاده اطلاق وجود ندارد

لذا ما تردید جدی داریم که چنین اطلاقی از آیه استفاده شود. در کتب تفسیری که مراجعه شد مطلب روشنی در این زمینه ندارند، حتی کتبی که ناظر به آیات الاحکام هستند نیز مطلبی ندارند چه در میان اهل سنت مثل تفسیر قرطبی و چه در میان خودمان.

مرحوم علامه طباطبائی می فرماید اینجا همه چیز را شامل می شود من الاموال ظاهراً در تفسیر المیزان در همین بحث ایشان دو جا تعبیر «من الاموال» دارد. منتهی همین حرف هم دلیل بر این نیست که ایشان می خواهد قید مالیت را بیان کند، چون اصلاً توجهی به این بحث محل نظر ما ندارند. بلکه ناظر به بحث شمول آیه نسبت به حقوق بوده اند.

در کتابهای فقهی در بحث ارث خیار در بحث اینکه آیا اختیارات موروث و مورث می شوند یا نه، بحث مبسوطی شده مبنی بر اینکه آیا آیه شریفه و روایات حقوق را شامل می شوند یا نه؟ اکثراً قائل به شمولند و ارث را شامل کل ما ترک اعم از عین، منفعت و حق می دانند اما نسبت به چیزی که اصلاً مالیت ندارد ولی ملک هست چیزی نگفته اند و در مقام بیان این جهت نیستند.

حال ما هستیم و این آیه شریفه و استدلال به این آیه یا روایاتی که هست. به نظر می رسد بر عهده آیه بیش از عین و منفعت و در نهایت حق نمی توان گذارد.

دشواری استفاده حقوق از آیات و روایات

مرحوم شیخ در همین بحث ارث خیار می فرماید خیلی دشوار است که ارث خیارات را از آیات و روایات ثابت کنید. تازه ایشان شمول ادله نسبت به حق را دشوار می داند و دیگر درباره اموری که نه حق هستند و نه مال بلکه فقط ملکند دیگر بحث نکرده چون این خیلی دشوارتر است.

ایشان در مورد مثل حق خیار و دیگر حقوق که خیلی هم قائل دارد بلکه ادعای اجماع بر آن شده است می فرماید: دلیل اجماع بر خود مسئله است یعنی بر خود اینکه حق خیار ارث برده می شود. و گر نه اگر بخواهید این نظر را بر اساس کتاب و سنت تصحیح کنید نمی توانید و مسئله خیلی دشوار است.

ایشان استدلال بر موروث بودن حق خیار را دو چیز می داند: «الاستدلال علی هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردین فی ارث ما ترک المیت یتوقف علی ثبوت امرین»^۱ یکی اینکه خیار، حق باشد نه حکم، چون حکم را که نمی توان ارث برد. شاید این بحث بی ارتباط به بحث ما هم نباشد، مثلاً ما در تأهل اشکال کردیم که تأهل یک امر انتزاعی است، حق نیست، اینکه شیئی فروخته شده با حق خیار قابلیت برگشت دارد مانند اینکه بایعی خانه اش را می فروشد و مشتری حق فسخ دارد، بایع فوت می کند و بعد از موت بایع مشتری اعمال خیار می کند و مبیع برمی گردد. حال اینکه این خانه حتی قبل از اعمال فسخ توسط مشتری قابلیت برگشتن به بایع دارد امری انتزاعی است؛ یعنی حقی نیست که شارع جعل کرده باشد. آنچه شارع جعل کرده فقط حق فسخ است که ممکن است از آن ده ها انتزاع بشود، ولی همه آنها که مجعول نیست. با این حساب چه چیزی می خواهد در اینجا مورد ارث واقع شود؟ آیا این قابلیت هم مورد ارث است؟

دو شرط مرحوم شیخ برای موروث شدن حقوق

ایشان می گوید خیار اگر بخواهد ارث برده شود باید حق باشد نه حکم، چون حکم ارث برده نمی شود. علاوه بر این باید حقی باشد که قابل انتقال باشد. چون بعضی حقوق قابل انتقال نیستند. مانند حق جلوس در سوق. اگر کسی در کنار بازار نشسته یا بساطی پهن کرده است و برای خودش حقی قائل است یا کسی که در مسجد سجاده ای پهن کرده است یا در صف جائی گرفته است حقی پیدا کرده؛ همچنین حق خیاری که برای اجنبی در نظر گرفته شده است مانند حق خیار پدر مشتری، اینها قابل انتقال نیستند. یعنی اینطور نیست که وقتی پدر مشتری از دنیا برود این حق خیار برای فرزندانش نیز باشد. از همین موارد است حق التولية و النظارة.

^۱ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۶، ص: ۱۱۰

مرحوم شیخ می فرمایند بنابراین باید ثابت کنیم که این حق از آن مواردی است که قابل ارث است، و اثبات این امر به غیر اجماع مشکل است و در مقام هم اجماعی وجود ندارد.

تمسک به استصحاب بقاء حقی که در زمان حیات ذو حق بوده نیز وجهی ندارد، بخاطر اینکه موضوع تغییر پیدا کرده است. در زمان یقین به وجود حق صاحب حق زنده بود و الان مرده است، قبلاً حق، قائم به او بوده ولی الان می خواهد قائم به دیگری باشد، استصحاب این حق معنا ندارد. لذا ایشان مسئله را خیلی مشکل می داند.

علاوه بر اینکه یک استدلال تقریباً فلسفی نیز در اینجا وجود دارد، می فرمایند: ملک برای میت قابل بقاء نیست چون میت همین موجود جامد است نه روح آن و ملک نمی تواند قائم به این جسم جامد باشد. حق نیز به همین منوال است؛ همانطور که جسم جامد نمی تواند مالک باشد حق نیز نمی تواند داشته باشند چون با مرگ قابلیت بقاء حق از بین می رود لذا مما ترک نیز نیست.

در نهایت ایشان می فرماید: «و کیف کان ففی الاجماع المنعقد علی نفس الحکم کفایة انشاء الله تعالی».^۱ ایشان کفایت را نفی نکرده تا راه دیگری باز باشد. ایشان انکار نمی کند به صورت موردی اجماعی بر ارث برده شدن یک خیار خاص وجود داشته باشد. نتیجه بحث مهم مرحوم شیخ این شد اگر شما شک کنید که چیزی قابل ارث بردن هست یا نه علی القاعده نمی توانید بگوئید ارث برده می شود.

شبهه حکمیه و مصداقیه ما ترک

البته ما اول باید شبهه حکمیه را روشن کنیم و معلوم کنیم کل ما ترک چه چیزی را شامل می شود، اگر در یک مورد هم شک کنیم که این قابل ارث بردن هست یا نه، علی الظاهر با استصحاب و امثال آن نمی توانیم چیزی را حل کنیم. لذا باید بگوئیم عموم یا اطلاق ثابت نیست.

بلکه به معنایی شبهه مصداقیه است. شبهه مصداقیه است که آیا این ما ترک هست یا نه. چون اگر حق، قابل ارث بردن نباشد اصلاً مما ترک نیست. وقتی قابل ارث بردن نباشد یعنی باقی نمی گذارد برای بقیه. پس ما ترک نیست. در بحث ما هم که عرض کردیم که اصلاً ما شک داریم که این تأهل، قابل ارث بردن باشد، یا شک داریم که بر چنین ملک مسلوب المنفعة ای مال صادق باشد پس از اساس شک داریم که قابل برای ارث بردن باشد.

^۱ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۶، ص: ۱۱۰

در این صورت ممکن است ادعا کنیم این تاهل یا ملک مسلوب المنفعه اصلا مصداق ما ترک نیست. ما ترک آن چیزی است که شخص باقی می گذارد به طوری که برای بقیه باقی باشد. در صورتی که اینها باقی نیستند چون وقتی بگوئیم قابل ارث نیستند باقی نیستند، چیزی نیست که آن را برای بقیه گذاشته باشیم. البته این یک ادعا است. بنابراین یک حرف این است که اصلا با توجه به خود آیات شریفه فی حد ذاتها آیا ما ترک اطلاقی دارد؟

آیات در مقام بیان نیست تا اطلاق داشته باشد

من عرض می کنم که اصلا آیات در مقام این جهت نیست. یک نکته ای که در ذهن خودم بود دیدم که برخی از ناظرین به این بحث یعنی مرحوم آقای قمی در شرح منهاج مطرح کرده اند، این است که در آیه بحث سهام آمده. «نصیب» را همان سهام دانسته اند که متصف به وصف قابلیت کم و زیاد شدن است «مما قل منه أو کثر». پرسش این است که آیا حقوق هم کم و زیاد دارند تا مشمول «مما قل منه أو کثر» شوند؟ آیا اینکه بایع یا مشتری خیار فسخ دارد یعنی سهم دارند یا کم و زیاد دارد تا بگوئیم پنج سهمش مال یکی و پنج سهمش مال دیگری.

به نظر می رسد واقعا به این صورت نیست. لذا با توجه به این نکاتی که در اطراف مسئله هست اصلا ثبوت ما ترک برای حق اول کلام است، تا چه برسد به این مسائل اینچنینی.

عل ای حال این بحث تأمل مازادی می خواهد و به این صورت که برخی از فقهاء بزرگوار سریعا گفته اند هذا ملک پس مات عن ملک لذا ورثه عند موت واقف ارث می برند، نمی توان مساله را حل کرد و واقعا نیاز به تأمل جدی دارد. هم شمول آیه شریفه تأمل می خواهد، هم تحصیل روایاتی که اطلاق داشته باشد.

بر فرض وجود اطلاق، مطلقات به خاطر وحدت مطلوب تقیید می خورند.

یک بحث دشوار دیگر هم وجود دارد، حتی اگر فرض کنیم اطلاقاتی مانند اطلاقات قرانی داشته باشیم در صورت وحدت مطلوب و تقیید روایات امکان تمسک به اطلاقات نیست.

فرض کنید روایات مقید به مال بودن ترکه هستند از طرفی مسلم است که در مقام وحدت مطلوب وجود دارد چون معلوم است که اگر پیامبر می فرمایند «من ترک مالا فهو لوارثه» یا «مما ترک الوالدان والاقربون» یک مضمون و مطلوبند که با دو عبارت آمده است نه دو مضمون با دو مطلوب بنابراین باید مطلقات را حمل بر مقید کنیم.

در بحث اطلاق و تقیید اگر یک دلیل نافی است و دیگری مثبت، تقیید بسیار واضح و روشن است اما اگر هر دو مثبتین باشند مانند بحث ما که یکی می گوید «من ترک مالا فهو لوارثه» و دیگری می گوید «للرجال نصیب مما ترک الوالدان والاقربون» که این هم مثبت است در این صورت زمانی هر یک می توانند حکم مستقل از دیگری را اثبات کنند که تعدد

مطلوب را احراز کنیم. و الا اگر محرز باشد که مطلوب یکی است یا در تعدد مطلوب شک داشته باشیم لامحاله باید مطلق را به وسیله مقید تقیید بزنیم.

پس برفرض آیه شریفه مطلق باشد تقیید می خورد و مختص به مال می شود. و به نظر ما بسیاری از موارد محل بحث ما مال نیستند. البته مواردی مانند وقف منقطع الآخری که برای خود شخص یا تنها یک نسل باشد مال است زیرا در این بیست یا سی سال ارزش ملک کم می شود نه اینکه از مالیت ساقط شود و ممکن است کسی آن را به امید بازگشت منافع پس از این مدت بخرد. اما اگر این فاصله ده نسل بود روشن است که مال نیست لذا اطلاق حکم به ارث بودن وقف منقطع الآخر درست نیست.

نتیجه اینکه به نظر ما اولاً اثبات اطلاق آیه شریفه فی حد ذاتها مشکل است چون در مقام بیان چیز دیگری است. ثانیاً اطلاق هم داشته باشد چون با آن روایات، مثبتین هستند بعید نیست قائل به تقیید بشویم. آنوقت این یک دشواری دیگری می شود در تطبیق ادله ارث.

استفاده اطلاق و عموم از بعضی روایات ارث

از بعضی از روایات مربوط به این بحث ارث هم شاید بتوان اطلاق یا عموم فهمید. روایتی است صحیح که موضوعش مختص زوج و زوجه است به طرق متعدد وارد شده است با روایت مرحوم صدوق در ذیل این روایت مجموعاً چهار طریق دارد: «محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن الفضل بن عبد الملك و ابن ابی یعفور (در بعضی نسخ او دارد ولی بیشتر واو نوشته اند و اینجا هم واو نوشته اند) عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سئلته عن الرجل هل يرث من دار امرئته أو أرضها من التربة شيئاً (آیا رجل از خانه و از زمین و خاک ارث می برد)، أو يكون في ذلك بمنزلة المرأة فلا يرث منه شيئاً (هیچی ارث نمی برد)، فقال عليه السلام يرثها و ترثه من (در بعضی نسخ من ندارد) كل شيء ترك و تركت».^۱ این دیگر عموم است، از هر شیئی که مرد باقی بگذارد زن ارث می برد و زن باقی بگذارد مرد ارث می برد.

توجیه روایات

این روایت را مرحوم شیخ طوسی اعلی الله مقامه حمل بر تقیه کرده است. مرحوم صدوق و مرحوم شیخ ره محمل دیگری نیز پیدا کرده اند و حمل کرده اند بر جائی که مرأه ذات ولد باشد. چون یکی از اقوال در بحث میراث زوجه این

^۱ وسائل الشیعة؛ ج ۲۶، ص: ۲۱۳/۲۱۲

است که اگر ذات ولد بود از همه چیز ارث می برد، ولی در همین ذات ولد هم بعضی گفته اند ملحق به غیر ذات ولد است ارث نمی برد.

دلیل حمل روایت بر تقیه نیز واضح است، چون این حکم که زوج از زمین ارث نمی برد مختص شیعه است و اهل سنت قائل به این نیستند. بنابراین شیخ ره حمل بر تقیه کرده است.

اشکال در اطلاق روایت

علاوه بر این مشکل دیگری هم در روایت وجود دارد. آیا پاسخ امام علیه السلام نسبت به بحث ما اطلاق دارد؟ پرسش راوی از ارث خانه و زمین است؛ برای اثبات اطلاق نسبت به تمام آنچه بر آن ملک صادق باشد باید بگوئید عموم متعلق روایت، اضافی نیست یعنی «یرثها و ترثه من کل شیء ترک» کل شیء به حسب خانه و زمین نیست، بلکه کل شیء واقعی است تا هر چیزی که مال نیست را شامل شود. این ملک مسلوب المنفعة یا آن سنگی را که مثال زدیم بگیرد. به نظر می رسد اصلاً چنین اطلاقی استفاده نمی شود. این روایت حتی اگر برای طرفینش عموم داشته باشد راجع به همین چیزهایی است که در سؤال راوی آمده است، یعنی ارض و دار و ترتبت؛ نه اینکه «کل شیء ترک» یعنی حتی اموری که مال نیست.

بقاء اشکال حتی در فرض عدم نیاز به اطلاق در متعلق عموم

گرچه ما در مدخول عموم نیازی به اطلاق نداریم. این قول مرحوم نائینی و عده ای است که می گویند در مدخول ادات عموم مانند شیء در این روایت، اول باید اطلاق جاری کنیم بعد عموم بگیریم. محقق خراسانی هم شاید یک جای کفایه شبیه این فرمایش را دارد. منتهی این حرف درست نیست. اگر بنابر این مبنا باشد اشکال واضح است چون این روایت نیز مانند بقیه اطلاقات در مدخول کل نیاز به اجراء اطلاق دارد و برای جریان اطلاق باید متکلم در مقام بیان باشد. منتهی ما این مبنا را قبول نداریم و نفس ادات عموم خودش ادات برای تسریه می دانیم پس نیاز به اجراء اطلاق در متعلق نداریم. کار کل و امثال آن، این است که در مدخول توسعه می دهد. «همه این شیء» یعنی همه کثرات «شیء» تحت حکم است. لکن گاهی قرائنی بر خلاف وجود دارد. در این آیه قرینه محفوفه دارد، که لا اقل موجب اجمال عموم روایت از حیث شمول نسبت به تمام ملکها می شود.

لذا گرچه بحث حاضر بحث ارث نیست و در آن بحث باید فحص بیشتر و تأمل بیشتری شود ولی تا آنجا که به بحث حاضر مربوط است به نظر می رسد اطلاق یا عموم قانع کننده ای نسبت به شمول ملک مسلوب المنفعة وجود ندارد.

بیانات حضرت امام ره

مرحوم امام در بیع در همین بحث ارث خیار یکی دو شبهه ای را که ما در این بحث طرح کردیم جواب می دهد. چون وقت گذشته جلسه آینده این را طرح می کنیم. ایشان از کسانی است که به اطلاق یا عموم آیه خیلی قاطعانه نظر می دهد و می گوید مما ترک الوالدان والاقربون عمومیت دارد، هر چیزی که ما ترک باشد اعم از حقوق و منافع واموال منتهی باز تصریح نمی کند به مواردی که مد نظر است که آیا اینها را هم شامل است یا نه. علاوه بر اینکه بعضی فرمایش ایشان هم قابل خدشه است که انشاءالله جلسه بعد این را بحث می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- ۴۳۹ خلاصه مباحث گذشته
- ۴۴۱ بررسی مانع بودن وقف از ارث
- ۴۴۲ زمان ارث در صورت مانعیت وقف از ارث
- ۴۴۲ ظهور اثر حبس یا وقف بودن وقف منقطع الآخر در مانعیت ادله وقف از ارث
- ۴۴۲ بررسی کبرای منع وقف از ارث
- ۴۴۳ روایات دال بر منع وقف از ارث
- ۴۴۳ روایت اول: صحیح حلی
- ۴۴۳ نحوه استدلال به روایت اول
- ۴۴۴ نسبت لا تورث با صدقه مبنوله
- ۴۴۴ بررسی سیاق روایت
- ۴۴۵ روایت دوم: صحیح محمد بن مسلم
- ۴۴۵ نحوه استدلال به روایت دوم
- ۴۴۶ روایت سوم: روایت عین ینبع
- ۴۴۷ نحوه استدلال به روایت سوم
- ۴۴۷ وجود احتمال مانع از استدلال در روایت
- ۴۵۰ روایت چهارم: روایت جعفر بن حنان
- ۴۵۰ نحوه استدلال به روایت چهارم
- ۴۵۰ عدم صحت استدلال به روایت چهارم بخاطر شبهات متعدد
- ۴۵۱ نتیجه بحث ارث مال برای وارث عند الانقراض است

خلاصه مباحث گذشته

در بحث اینکه مال موقوفه بعد الانقراض به چه کسی برمیگردد آیا به ورثه عند الموت برمیگردد یا ورثه عند الانقراض،

عرض شد باید سه پرسش پاسخ داده شود:

یکی اینکه: بنا بر اینکه مال موقوفه از ملک واقف بیرون می رود و ملک از واقف زائل می شود تکلیف چیست؟

در بحثهای گذشته عرض کردیم که عده ای قائل شدند که تأهل رجوع عین به واقف، صفت ممیزه ای است که به ارث برده می شود. جواب این مبنا داده شد و تصحیحی نیز انجام شد که نسبت به آن تصحیح می خواهیم نکته ای را استدراک کنیم که بعدا عرض می کنیم.

تصحیح این بود که واقف، مالک در عمود زمان است، در واقع حال واقف بنابر زوال ملک در حین وقف شبیه قولی می شود که می گوید اصلا عین موقوفه از ملک واقف خارج نمی شود. این تصویری که ما برای مالکیت واقف لما بعد الانقراض کردیم از این جهت شبیه همان کسانی می شود که می گویند ملک از واقف زائل نمی شود. ولذا بحثهای آتی بر این اساس تطبیق می شود.

پرسش دوم این بود که آیا در بحث اصلا اطلاقاتی وجود دارد که چنین املاکی را که مالیت ندارند شامل شود و اینها را هم جزء ما ترک حساب کند؟ در جلسه گذشته عرض شد که به دو بیان احتمالا در وجود اطلاقات تردید می شود: یکی تردید در اصل وجود اطلاقات. ما هر چه فکر می کنیم جازم نمی شویم که آیه شریفه اطلاق داشته باشد و ما ترک شامل هر چیزی شود که از شخص باقی بماند.

علاوه بر اینکه در برخی از موارد صدق ما ترک نیز مشکوک است مثلا در برخی از حقوق ممکن است اصلا ما بگوئیم که صدق ما ترک نمی کند. در بعضی امور ممکن است صدق ما ترک کند، مثل سنگ بی ارزشی که با حیات تملک شده است که بر آن ما ترک صادق است ولی ما ترکی نیست که مقصود آیه باشد. لذا انسان تردید جدی پیدا می کند خصوصا با آن شأن نزولهایی که عرض کردیم.

این هم نکته دوم.

به علاوه اینکه اگر آن استدلال بنده درست باشد که قید مال که در برخی روایات ما آمده با مضمون آیات و روایت مطلقه مثبتین اند و در صورت احراز وحدت مطلوب یا عدم احراز تعدد مطلوب باید این مطلقات را تقیید بزنیم.

علی الظاهر در مقام نیز وحدت مطلوب است، مسلم است که این دودسته نمی خواند دو جعل را اثبات کنند یکی روی عنوان ذات و یکی روی ذات مقید، نمی خواهند بگویند که مطلق ترکه یک جعل دارد، ترکه ای هم که مال باشد جعل دیگری. بلکه یک جعل ارث است برای ترکه، حالا یا باید بگوئیم مطلق است یا باید بگوئیم مقید. و چون یک مطلوب در کار هست اینجا مقید می شود.

این هم یک استدلال که ربطش به بحث وقف از این جهت می شود که حتی اگر ما قائل باشیم که مال از مالک خارج نمی شود و ملک او زائل نمی شود باز هم این شبهه وجود دارد که مال مسلوب المنفعة تا نسلهای آتی، چه مالیتی دارد که بخواهند به ازاء آن پول بدهند. بنابراین اینکه به صورت مطلق قائل باشیم عین موقوفه ملک است و به ارث برده می شود صحیح نیست.

بررسی مانع بودن وقف از ارث

مطلب سومی که باید صاف شود و مطلب مهمی است این است که آیا ارث عین موقوفه بنابر هر تصویری که داشته باشد با مانع روبرو است یا خیر؟

در این مساله نسبت به کلمات فقهاء فحوص لازم است، فحوص مجدد همه متون امکان پذیر نشد. به نظرم در بعضی کلمات فقهاء همین مضمون روایات آمده است که «لا تباع و لا توهب و لا تورث».

پرسش این است که آیا از ادله استفاده می شود که وقف بما هو وقف، مانع از ارث است یا خیر؟

اصل مانعیت در وقف مؤبد روشن است ولی در آنجا ثمره خاصی ندارد چون در وقف مؤبد تکلیف عین موقوفه الی أن یرث الله الارض و السموات تعیین شده است. اما در بحث وقف منقطع الآخر این بحث ثمره بسیار مهمی دارد. لذا تعیین تکلیف این کبری مهم است. اگر ما بتوانیم این کبری را ثابت کنیم که وقف مادام یکون وقفا مانع از ارث است، حتی اگر ابهام دو مرحله قبل را بر طرف کرده باشیم باز تمسک به ادله ارث مشکل است.

یعنی اگر معتقد باشیم که مال موقوفه در ملک واقف باقی است و یا مطابق تصویری که کردیم حتی اگر ملک هم زائل شده باشد بتوانیم ادله ارث را نسبت به ملک آتی تطبیق کنیم. و در مرحله بعد اطلاق روایات ارث را هم تصحیح کنیم، یعنی قائل شویم «ما ترک» به اطلاق، قابل تطبیق بر هر چیزی است که میت ترک کرده باشد در نتیجه مواردی مانند تأهل و سنگ بدون ارزش و غیره، همه داخل ما ترک باشند، با حل این دو مرحله می خواهیم ادله ارث اعم از آیات و روایات را بر واقف عند موته تطبیق کنیم و بگوئیم این چیزهایی که او باقی گذاشته مما ترک الوالدان والاقربون است. زیرا تا ادله ارث بر میت حین الموت تطبیق نشود نمی توان تعیین کرد مراد ورثه حین الموت اند یا ورثه عند الانقراض.

اگر توانستیم ادله را بر واقف حین الموت تطبیق کنیم می گوئیم ادله ما ترکه المیت اینجا را می گیرد و هر کسی که الان وجود دارد مصداق لكل جعلنا موالی می شود، پس همین ورثه عند الموت از والدان و الاقربون ورثه ای هستند که خداوند متعال برای واقف قرار داده است.

زمان ارث در صورت مانعیت وقف از ارث

منتهی اشکال این است که اگر تطبیق ادله ارث بر مقام را به خاطر ادله وقف منع کردیم دیگر نمی توانیم به این نتیجه ملتزم شویم. بلکه نتیجه درست بر عکس مختار مشهور می شود و به ورثه حین الانقراض می رسد. چون ادله ارث فقط حین الانقراض تطبیق می شود نه حین الموت. پس وجهی ندارد که ورثه حین الموت ارث ببرند. پس بررسی کبرای وجود ادله مانعیت وقف بسیار مهم و پر اثر است.

ظهور اثر حبس یا وقف بودن وقف منقطع الآخر در مانعیت ادله وقف از ارث

یک نکته هم که اینجا باید عرض کنیم این است که اگر یاد دوستان باشد در برخی موارد در همین وقف منقطع الآخر وقتی بحث می شد که وقف منقطع الآخر هل یصح وقفاً أو حبساً، یک عده ای از فقهاء مثل صاحب مسالک و دیگران می فرمودند این بحث اثری ندارد. اثر وقف و حبس یکی است و هیچکدام اثر خاصی ندارند. حتی بعضی می گفتند حبس حقیقی نیست ولی حبس حکمی است.

مقصود از یاد آوری آن بحث این است که اتفاقاً اگر این عرض ما درست باشد اثر فوق العاده مهمی بر قول به حبس مترتب است چون روشن است که حبس مانع از ارث نیست.

در جایی که مدت حبس معین نباشد حبس به موت حابس باطل می شود و اگر الی مدة باشد، حبس تا آن مدت صحیح است. و در هر دو صورت عین حبس شده به ارث برده می شود لکن در صورت دوم وارث مالک مال مسلوب المنفعة الی مدتها می شود. ولی در هر حال حبس مانع نیست. این مطلب مطابق مضمون روایات است. به خلاف وقف.

بنابراین این بحث بسیار مهم است زیرا اگر مانعیت ادله وقف از ارث ثابت باشد هم به نتیجه مشهور نمی رسیم و هم فارق بین قول به حبس و وقف روشن می شود. علاوه بر برخی آثار دیگر.

بررسی کبرای منع وقف از ارث

تا حدی که فحص شد بحث مانعیت خیلی بحث نشده است. در بحث ارث که متعرض نشده اند در مباحث وقف هم مطرح نکرده اند که رابطه ادله وقف با ارث چگونه است. گویا ذهنها به قدری معطوف به جهت تابید در وقف و تاثیر آن در عدم ارث بوده است که دیگر التفاتی به جهت مانعیت خود وقف نداشته اند. حال ادعای ما این است که حیث وقفیت مانع است.

روایات دال بر منع وقف از ارث

برخی از روایات مانعه را ذکر می کنیم.

روایت اول: صحیحہ حلبی

روایت دوم باب اول از کتاب وقوف و صدقات روایت معتبره ای است:

«عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ليس يتبع الرجل بعد موته من الاجر الا ثلاث خصال: صدقة اجراها في حياته فهي تجري بعد موته و صدقة مبتولة لا تورث، أو سنة هدیّ يعمل بها بعد موته، أو ولد صالح يدعو له»^۱.

نحوه استدلال به روایت اول

موضوع حدیث صدقه ای است که اجراها فی حیات، بعید نیست که مقصود از «صدقه» اول در روایت صدقه اصطلاحی باشد که در آن عین به متصدق علیه تملیک می شود. البته اگر عبارت «صدقه مبتولة لا تورث» پس از آن نیامده بود صدقه اول را مطلق صدقه معنا می کردیم که هم شامل صدقات تملیکی باشد و و هم شامل صدقه وقفی لکن به قرینه صدقه دوم که در روایت مبتولة لا تورث دانسته شده است صدقه اول را صدقه مختص می گیریم.

صدقه مبتولة یعنی مقطوعه، بتل یعنی قطع، در روایات دیگر نیز آمده بود «بتا بتلا» یعنی قطع شده که در مورد آن آمده است چنین صدقه ای «لا تورث».

ما می خواهیم از همین لا تورث استفاده کنیم که صدقه مبتولة که همان وقف است ارث برده نمی شود. چه مؤبد باشد چه نباشد چون اطلاق دلیل شامل غیر مؤبد هم می شود و به محض اینکه عینی وقف می شود دیگر لا تورث می شود.

نسبت لا تورث با صدقه مبتوله

این بماند اینجا یک بحث مهمی وجود دارد که این نسبت «لا تورث» با «صدقه مبتوله» چیست؟ چون دو جور می شود این را تفسیر کرد: یک وقتی می گوئید لا تورث صفت نوع صدقه مبتوله است و یکی از لوازم صدقه مبتوله است. در واقع لا تورث نمی خواهد جنس صدقه مبتوله را تنويع کند. اینطور نیست که دو نحو صدقه مبتوله داشته باشیم، صدقه مبتوله ای که لا تورث و صدقه مبتوله ای که تورث، آنوقت روایت با این قید می خواهد به صدقه مبتوله ای که لا تورث است اشاره کند. ظاهراً این نیست. بلکه لا تورث صفت کل جنس یا نوع صدقه مبتوله است.

پس فصل ممیزه ای برای یک قسم نیست بلکه در واقع می خواهد بگوید که صدقه مبتوله بالاطلاق یکی از آن خصال سه گانه است و صفتش هم لا تورث است.

پس به نظر می رسد ظهور این روایت خیلی خوب است به لحاظ سند نیز معتبره است و مفادش نیز این است که خاصیت صدقه مبتوله لا تورث بودن است.

بررسی سیاق روایت

البته فقرات دیگر روایت نیز به همین صورت است در «صدقه اجراها فی حیاة فیهی تجری بعد موته» نیز «فیهی تجری بعد موته» در مقام بیان صفت و خصوصیت «صدقه اجراها فی حیاة» است نه اینکه این صدقه اجراها فی حیاة دو قسم باشد یک قسمش تجری بعد موته و قسم دیگرش لا تجری بعد موته.

در فقره ما نیز لا تورث صفت صدقه مبتوله است، یعنی کل صدقه های مبتوله این خاصیت را دارند که لا تورثند.

البته در «سنة هدی یعمل بها بعد موته» ممکن است این فصل منوع باشد، به این معنا که سنت هدی دو جور است: یک سنت هدایی است که عمل به آن می شود و یک سنت هدایی است که به آن عمل نشده است. بنابراین ممکن است این فصل منوع و ممیز باشد، نمی دانیم.

البته ممکن است کسی بگوید سنت هدی که باشد معمولاً به آن عمل می شود، آدمهای خوب به سنت هدی عمل می کنند. پس همه سنتهای هدی هم یعمل به است.

در هر حال حتی اگر این مورد را منوع بدانیم روایت یک سیاق وحدانی ندارد تا به قرینه این قسم لا تورث را نیز منوع بدانیم.

پس به نظر ما این واضح است که «لا تورث» صفتی است برای کل صدقه مبتوله. یعنی هر چیزی که صدقه مبتوله شد لا تورث است.

روایت دوم: صحیح محمد بن مسلم

روایت دیگر، روایت اول باب چهارم است که در مباحث سال پیش در بحث اشتراط قبض در وقف به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت. روایت هم ظاهراً صحیح است:

«عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام انه قال: في الرجل يتصدق على ولده و قد ادرکوا، (کسی وقف می کند بر اولادش، بنابراین تصدق در اینجا وقف باشد، وقف می کند بر اولادش و اینها بالغند. امام می فرماید: فإذا لم يقبضوا حتی يموت فهو ميراث»^۱.

فرموده اند که اگر این فرزندان بالغ تا زمان موت پدرشان صدقه را قبض نکنند میراث می شود یعنی بالکنایه می خواهند بگویند وقفی ثابت نیست و این مال میراث است.

در مباحث اشتراط قبض در جهات مختلف این روایت بحث شد. سند روایت صحیح است و ظاهراً به ظاهرش می شود تمسک کرد. یکی از مستندات مهم قائلین به اینکه قبض در وقف شرط است همین روایت است. البته روایت دیگر هم هست، این روایت صحیح است و به طرق مختلف هم نقل شده است.

نحوه استدلال به روایت دوم

نکته ای که ما می خواهیم از روایت استفاده کنیم غیر از مطالب سال گذشته است.

روایت می گوید: اگر کسی مالی را بر اولادش وقف کرد و آنها بالغ بودند، اگر تا حین الموت این مال را قبض نکنند میراث می شود، یعنی وقف صحیح نیست. مفهومش این است که اگر این فرزندان بالغ قبل از موت پدرشان قبض کردند فهو ليس بميراث.

ما می خواهیم به این مفهوم تمسک کنیم. که به صورت مطلق اگر وقف صحیح بود و قبض محقق شد این عین موقوفه میراث نمی شود.

اتفاقا در تصدق علی ولده، نسلهای بعد را تصویر نکرده است الی أن یرث الله. تنها وقف بر ولدش هست، چه بسا وقف منقطع الآخر باشد. در روایت ترک استفصال هم وجود دارد یعنی تفصیل نداده اند که این وقف منقطع الآخر است یا خیر؟

بنابراین، این هم یک روایت است که می گوید اگر وقف قبض شد و تمام شد میراث نمی شود.

پس ظاهرا می خواهد اینطور بفرماید که وقف با میراث جمع نمی شود. اگر وقف شد دیگر میراث نمی شود. این اطلاق دارد مادام یکون وقفا.

این هم یک روایت است.

روایت سوم: روایت عین ینبع

روایت دیگر، روایتی است که معروف به عین ینبع، زمینی در فیء قسمت امیرالمؤمنین صلوات الله علیه شد. حضرت در آنجا چشمه ای حفر کردند، قاعدتا داده اند کسی حفر کند چون در ادامه روایت آمده که بشیر به حضرت بشارت داد که آب بیرون آمده است کهیئة عنق البعیر، به اصطلاح امروزی ها چاه آرتزینی شده، چون زده بیرون از این چاه. آنوقت اسمش را هم گذاشته اند چاه ینبع، چون گفتند کهیئة عنق البعیر ینبع فی السماء. آب می رفت به سمت آسمان. چاه های آرتزین اینطوری است دیگر، وقتی چاه کنده می شود آب با فشار از یک نقطه ای می زند بیرون، می گوید ماء ینبع فی السماء کهیئة عنق البعیر فسماهما عین ینبع. فجاء البشیر ببشیر، کسی آمد به امیرالمؤمنین علیه السلام بشارت می داد، فقال بشیر الوارث، این ظاهرا کلام امیرالمؤمنین علیه السلام است که می فرماید به وارث بشارت بده، بعد هم همینجا در جا امیرالمؤمنین علیه السلام آن را صدقه اش کرد یعنی وقف کرد. فرمود هی صدقة بتا بتلا فی حجج بیت الله و عابر سبیل لا تباع و لا توهب و لا تورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعین.^۱

اینجا یک نکته ای وجود دارد که الان ربطی به بحث ما ندارد، امام می فرماید این صدقه است که بتا بتلا که وقف است، تقریبا همه این را وقف گرفته اند، نمی دانم کسی تردید کرده باشد. چون صدقه بت بتل یعنی مقطوعه همان وقف است. خب در راه حجج بیت الله و عابر سبیل، بعد فرموده اند لا تباع و لا توهب و لا تورث. حالا یک بحث مهمی اینجا دارد که مرحوم شیخ هم در مکاسب این را بحث کرده است. اما این قسمت که فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله و الملائكة

و الناس اجمعين، چرا ارث را نفرموده اند، چون اینجا اول فرموده اند لا تباع و لا توهب و لا تورث، بعد فرموده اند هر کس آن را بفروشد یا ببخشد فعليه لعنة الله و الملائكة، چرا ارث را نفرموده اند؟ چون ظاهراً ارث یک سبب قهری است. امیرالمؤمنین علیه السلام که می فرماید دارد کشف از یک واقعیت می کند. لا تباع و لا توهب فعل این واقفین است، نباید بفروشد، نباید هبه کنند. اما نباید میراث کنند درست نیست، چون میراث شدن قهری است و به سبب اختیاری محقق نمی شود تا از آن نهی کنند. گرچه اگر اهل دقت باشیم بیع هم ثبوتاً واقع نمی شود همانطور که هبه هم با منعی که وجود دارد واقع نمی شود، منتهی ممکن است بروند بفروشند ولو به بیع باطل. و لذا به سبب باطل از وقف بیرون کنند و از آن استفاده کنند مثل همین الان که خیلی وقتها مال موقوفه را تصرف می کنند و جزء اموال مردم می شود و مشکلاتی را ایجاد می کند. شاید وجه اینکه لا تورث را ذکر نکرده اند به این دلیل باشد. که حالا این فعلاً ربطی به بحث ما ندارد.

نحوه استدلال به روایت سوم

محل استشهاد ما عبارت «لا تباع و لا توهب و لا تورث» است. که به نظر ما این هم مانند روایت قبل صفت کل صدقه بت بتل است. صدقه ای که وقف باشد بتل باشد اینچنین صدقه ای حکمش این است که مطلقاً لا تباع و لا توهب و لا تورث.

وجود احتمال مانع از استدلال در روایت

البته ممکن این احتمال داده شود که صدقه بت بتل دو قسم است: یک قسم صدقه ای است که لا تباع و لا توهب و لا تورث. و قسم دیگر صدقه ای است که تباع و توهب و تورث، و این صفت، مخصوص آن قسم اول است و امام علیه السلام در مقام انشاء آن قسمی اند که لا تباع و لا توهب و لا تورث.

یا اینکه این لا تباع و لا توهب و لا تورث شرطی باشد که امام علیه السلام برای وفقشان می گذارند. اگر کسی این لا تباع و لا توهب و لا تورث را شرط بداند دیگر نمی تواند بگوید که مطلق وقف این خاصیت را دارد که لا تباع و لا توهب و لا تورث. بلکه شخص این وقفی که انشاء شده این خاصیت را دارد.

پس یک احتمال این است که بگوئیم شرط خارج است، امام دارد شرط می گذارد، که به شرط باید وفاء شود. پس ربطی به وقف بما هو وقف ندارد. یا کسی بگوید نه شرط نیست، اما بیان یک قسمی از وقف است. ما وقفی داریم که

صدقة بتا بتلا که لا تباع و لا توهب و لا تورث. و یک صدقه ای داریم که بتا بتلا که تباع و توهب و تورث. و امام آن قسمش را دارد می گوید.

اگر این دو احتمال را بگوئیم دیگر مانع از استدلال ما می شود.

کما اینکه استدلال کسانی که به این روایت برای عدم جواز بیع و هبه وقف تمسک می کنند نیز اشکال پیدا می کند. اتفاقا مرحوم شیخ در مکاسب بحث از این روایت را به جهت بیع وقف به میان آورده است. یکی از شرائط صحت بیع این است که طلق باشد، یکی این است که وقف نباشد.

عده ای برای مانعیت وقف از بیع به این روایت تمسک کرده اند مرحوم شیخ فرموده اند این استدلال مبنی بر این است که این وصف صفت نوع باشد، «فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، ويبعد كونها شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص».

پس اولاً این صفت برای نوع صدقه است نه برای شخص. و ثانیاً شرط خارج هم نیست، یعنی کسی احتمال نمی دهد که این شرط از ناحیه واقف باشد. در ادامه می فرماید: «مع أن سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد أعني الموقوف عليهم خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم».^۱

حال ایشان در اینجا می خواهند این دلیل را بیاورند که اگر می خواست اشتراط باشد باید بعد از ذکر موقوف علیهم می آمد. البته مرادشان این روایت نیست بلکه روایت دیگری است که آن را خواهیم خواند و آن روایت مکاسب لا تورث هم ندارد. چون بحث بیع بوده از روایت لا تباع و لا توهب استفاده کرده اند. منتهی استدلالشان بر بر بحث ما نیز منطبق است.

می فرمایند سیاق اشتراط این است که بعد از موقوف علیهم بیاید. اگر در مقام اشتراط صدقه به «لا تباع و لا توهب حتی يرث الله الذي يرث السموات و الارض» باشند باید این شرط را بعد از موقوف علیهم بیاورند. چون شرط خارج از اصل معامله است، و در معامله تنها ارکان آن را ذکر می کنیم و در ضمن آن شرط می کنیم این کار هم انجام شود. شرط فی ضمن العقد یعنی عقد ارکانش تمام شود و پس از آن شرط بیاید.

۱ کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ۴، ص: ۳۴

البته فرمایش این ایشان مطلبی استدلالی و برهانی نیست بلکه سیاق اشتراط معمولاً به این صورت است که شرط را خارج از ارکان عقد بیاورند. مثلاً بگویند من این را به شما فروختم به این قیمت و شرط هم می‌کنم که این کار را انجام دهی. در حالی که در روایت شرط را مقدم بر یکی از ارکان یعنی موقوف علیهم آورده‌اند. پس شرط نیست.

پس مرحوم شیخ می‌خواهند قرینه‌ای ذکر کنند که این شرط نیست.

روایتی که ایشان می‌آورند روایت ربیع بن عبدالله عن ابی عبدالله علیه السلام فی صورت وقف امیرالمؤمنین علیه السلام. این یک مورد دیگری است غیر از عین ینبع است. در اینجا دارد: «بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علی بن ابیطالب و هو حیّ سوائ تصدق بداره التی فی بنی زریق صدقة لا تباع و لا توهب حتی یرث الله الذی یرث السموات و الارض و اسکن فلانا هذه الصدقة ما عاش و عاش عقبه»^۱.

این اسکن فلانا ذکر موقوف علیهم است که بعد از لا تباع و لا توهب آمده است. مرحوم شیخ می‌فرماید استظهار ما این است که این سیاق اشتراط نیست.

در ادامه ایشان اشکال دیگری به تمسک به این روایت برای مانعیت وقف از بیع می‌کند زیرا در موارد بیع عین موقوفه مجاز است، اگر بخواهیم بگوئیم طبیعت وقف مانع از بیع می‌شود خب نمی‌توانیم این موارد را توجیه کنیم.

ایشان در پاسخ به این اشکال می‌فرمایند مگر بگوئیم این اطلاقات منصرف‌اند از جاهایی که بیع مجاز است. در مقام منع مطلق بیع است الا ما خرج بالدلیل.

بعد دوباره در آخر ایشان می‌فرماید: «و إن كان الانصاف ما ذكرنا من ظهور سياق الاوصاف فی كونها اوصافاً للنوع»^۲. لا تباع و لا توهب ظاهرش این است که این صفت نوع این صدقه بتل است، ولذا مثل یک حکمی بر همه صدقه بار است.

حالا اگر این استدلال درست باشد، پس آن مطلب با سه روایت که خواندیم تصحیح می‌شود. هم روایت دوم که صدقة مبتولة لا تورث بود. هم آن روایات میراث بود که إذا لم یقبضوا حتی مات فهی میراث، پس اگر وقف را در زمان خودش برای اولاد کبیرش قرار داد و قبض کردند فهو لیس بمیراث.

۱ وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص: ۱۸۷

۲ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۴، ص: ۳۵

پس در زمانی که وقف هست این میراث نمی شود.

این هم یک روایت.

روایت چهارم: روایت جعفر بن حنان

روایت دیگر روایت جعفر بن حنان است که قبلاً در وقف منقطع الآخر خوانده شد، روایتی مفصل بود، کسی می آید غله ای را برای اقرباء مادری و پدری اش وقف می کند، بعد سیصد درهم را جدا می کند برای شخصی و فرزند آن شخص. می فرماید: «أوصی بثلاثمائة» برای آنها، این اوصی اگر وقف باشد، در ذیل روایت می فرماید که رأیت إن مات الذی اوصی له، اگر آن کسی که برای او وصیت شده اگر او از دنیا برود، امام می فرماید إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثون بينهم. سیصد درهم را می دهند به ورثه آن موصی له، يتوارثون بينهم. بعد مهمش این است که می فرماید: «فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقربة الميت» امام می فرماید هر وقت که ورثه موصی له منقطع شد و هیچ کس از آنها نماند، این سیصد درهم برای قرابت میت است.

نحوه استدلال به روایت چهارم

آن چیزی که می خواهم استفاده کنم این است که: ظاهر این روایت این است که اصلاً میراث شدنش (نه رجوعش) برای واقف و ورثه واقف یا برای قرابت میت، بعد از موت کل اینها است. یعنی بعد الانقراض تازه میراث می شود. برخلاف آنهایی که گفتند ملک باقی است به مال واقف، و عند الموت مات الواقف عن ملک پس به ارث برده می شود ولو اینکه در اختیار موقوف علیهم باشد. نه، ظاهر اینجا این است که می گوید فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقربة الميت. یعنی کون ثلاثمائة درهم برای قرابت میت بعد از انقطاع ورثه است.

پس این نشان می دهد که بعد از انقراض تازه ادله ارث تطبیق می شود، نه از زمانی که مات الواقف عن ملک.

عدم صحت استدلال به روایت چهارم بخاطر شبهات متعدد

منتهی من به این روایت اصراری نمی کنم چون از جهاتی شبهه دارد:

اولا اصلا کل داستان آن ثلاثاً ممکن است وصیتی باشد بدون وقف. یا همانطور که مرحوم شیخ ادعا کرده اند، شرطی باشد در ضمن وقف، نه اینکه خود این باز یک وقفی است.

در روایت واقف وقفی برای قرابتش انجام داده سیصد درهم را برای دوستش و فرزند دوستش قرار داد است. این کارش می تواند وقف باشد می تواند وصیت عهدی باشد و می تواند شرط باشد. مرحوم شیخ این احتمال اخیر را تقویت کردند. برای قرابت خویش وقفی کرده در ضمن آن شرط کرده است که سیصد درهم هم به این آقا بدهد تا زمانی که خودش و فرزندش هستند. دیگر ربطی به بحث منقطع الآخر پیدا نمی کند.

نتیجه بحث ارث مال برای وارث عند الانقراض است

پس لولا این روایت ما سه روایت داریم. اگر کسی این روایت چهارم را نیز حمل بر وقف منقطع الآخر برای موصی له کند این نیز دلیل چهارم می شود.

به نظر ما دلالت این روایات از جهت بحث ما که لا تورث صاف است. البته باید در کلمات فقهاء نیز دقت کنیم که راجع به این مانعیت وقف از ارث چه می گویند. برخی کلمات که همینطور است، اما اینکه مجموعاً چه می فرمایند را باید دقت کنیم.

نتیجه بحث ما این شد که در مسئله ۱۸ که می گفت آیا این مال به ورثه واقف حین الموت می رسد یا به ورثه حین الانقراض. ما اگر همه آن دو مرحله و شبهاتی که بود را صاف کنیم این نکته آخری مانع است، و لازمه اش این است که به ورثه حین الانقراض برسد.

خب این تمام.

منتهی ما یک استدراکی داریم در آن تصویر مالکیت عین لما بعد الانقراض. چون اگر آن درست باشد ممکن است این مشکل را هم یک جوری حل کند. جلسه بعد انشاءالله هم این را بحث می کنیم و هم مشکلی که در این تصویر وجود دارد، که اگر باشد سرایت پیدا می کند به آن تصحیحات قبلی، ولذا کلاً مشکل می شود ارث حین الموت.

حالا اینها در ذهن دوستان باشد تا جلسه بعدی انشاءالله.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

شماره جلسه: ۱۱۲ (سال دوم)

درس خارج فقه آیت الله آملی لاریجانی (حفظه الله)

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۳۰

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: رجوع به ورثه واقف (مسألة ۱۸)

باسمه تعالی

خلاصه مباحث گذشته ۴۵۳

حل برخی مشکلات بحث با تصویر ملکیت بعد الانقراض به صورت واجب تعلیقی یا مشروط به شرط متأخر ۴۵۴

حل مشکل مانعیت وقف با این تصویر ۴۵۵

عدم صحت این تصویر ۴۵۵

طبق هر دو قول (مالکیت در عمود زمان و مالکیت تا سراسر عمر) مشکلات متعددی وجود دارد ۴۵۷

طبق مبنای عدم تقطیع ملکیت، اگر قائل به تصویر ملکیت آینده شویم دو اشکال دارد ۴۵۷

اگر قائل به خروج از ملک مالک شویم و تصویر ملکیت آینده را هم قبول نکنیم سه اشکال دارد ۴۵۸

مسئله ۱۹: بیان مصداقی برای وقف منقطع الآخر ۴۵۹

تأملات در بحث و توقف مسئله بر دو مقدمه ۴۶۰

مقدمه اول: امکان انحلال وقف ثبوت ۴۶۰

مقدمه دوم: تحقق اراده انحلالیت توسط واقف ۴۶۱

وحدت انشاء با انحلالی بودن وقف منافات ندارد ۴۶۲

استدراک بعضی شراح شاید ناظر به تشکیکات ما باشد ۴۶۲

عدم دقت در تعابیر ۴۶۲

خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسئله ۱۸ بود. رسیدیم به این نقطه که برای حل این مسئله که آیا مال موقوفه عند الانقراض به ورثه حین الموت واقف می رسد یا به ورثه حین الانقراض باید مؤلفه هایی را مد نظر قرار دهیم. یکی از مؤلفه های تأثیرگذار در این بحث که از آن غفلت شده این است که آیا وقف مادامی که موجود هست و وقفیت حاصل است مانع از ارث می شود یا نه؟

فرض کنیم که مال موقوفه در ملک واقف باقی باشد، کما اینکه یک عده ای از شارحین تحریر این نظر را انتخاب کردند و برفرض ادله ارث فی حد ذاتها شامل وقف بشود اما آیا این وقفیت مانع ارث نمی شود.

به نظر ما ظاهر برخی از روایاتی که در جلسات قبل بررسی شد مانعیت وقف است. حال در وقف مؤبد که خیلی روشن است، چون وقف الی الابد است و مانع از ارث است الی الابد. در وقف منقطع الآخر نیز ظاهر روایات اطلاق است و وجهی ندارد که ما آنها را بر یک نوع از وقف یعنی وقف مؤبد حمل کنیم، خصوصاً که در برخی از روایات قرائنی بر وقف منقطع وجود دارد مانند اینکه فرض سائل این است که واقف، مالی را به فرزندانش صدقه می دهد و امام علیه السلام در جواب بین بالغ و غیر بالغ فرق گذاشتند. اگر موقوف علیهم بودن اولاد ظهور در وقف منقطع الآخر نداشته باشد و حکم مانعیت ارث را برای خصوص آن اثبات نکند لااقل ترک استفصال موجب اطلاق در روایت و شمول نسبت به فرض وقف منقطع الآخر هست.

بنابراین اگر ما این کبری را بپذیریم که که وقفیت، مانع تطبیق ادله ارث است، هر چند قائل شویم با تحقق وقف منقطع الآخر، عین موقوفه از ملک واقف خارج نمی شود و بپذیریم ادله ارث فی حد ذاتها مانعی برای شمول نداشته باشد باز ادله ارث تطبیق نمی شود زیرا که وقف مانع از ارث است. بنابراین تا زمانی که انقراض موقوف علیهم محقق نشده است ادله ارث نمی توانند تطبیق شوند. و وقتی تطبیق ادله عند الانقراض شد اگر از آن دو ولد واقف در زمان انقراض تنها یک ولد زنده مانده ادله ارث تنها بر او تطبیق می شود و تمام عین موقوفه به او می رسد لذا نتیجه می شود ورثه حین الانقراض. این بحث جلسه گذشته بود و بحث بسیار مهمی است. باعث تعجب است که شارحین و ناظرین کلام حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه به این مطلب توجه نکرده اند.

حل برخی مشکلات بحث با تصویر ملکیت بعد الانقراض به صورت واجب تعلیقی یا مشروط به شرط متأخر

اگر یاد دوستان باشد ما برای حل برخی از مشکلات، مسیر دیگری را پیشنهاد دادیم.

عرض شد منشأ و مبنای کسانی که قائلند در وقف منقطع الآخر عین موقوفه عند الانقراض به واقف و ورثه او باز می گردد عمدتاً این بود که اصلاً دلیلی برای خروج عین موقوفه از ملک واقف در طول عمود زمان نداریم مگر به همین مقدار که برای موقوف علیهم وقف شده است. لذا نسبت به زمان بعد از انقراض از اساس خروج از ملک واقف محقق نشده است. پس تنها قطعه ما بین عقد و انقراض از ملک واقف خارج شده است.

ما بر اساس این فرض عرض کردیم اگر بتوانیم ملکیت واقف نسبت به قطعه زمانی بعد از انقراض را به نحو مشابه واجب معلق یا واجب مشروط تصویر کنیم. یعنی واقف از همان زمان عقد و حتی قبل از اینکه عین را در اختیار موقوف

علیهم قرار دهد مالک قطعه بعد از انقراض باشد به ملکیتی شبیه واجب معلق، مانعیت ادله وقف نسبت به ارث نیز مختص به همین قطعه زمانی قبل از انقراض است که واقف مالک نیست ولی نسبت به قطعه ما بعد از انقراض که مالک است ادله ارث با مانعی روبرو نیست و تطبیق می شود.

پس ثمره این تصویر ما در دو مورد ظاهر می شود یکی اینکه دیگر برای اینکه وقف منقطع الآخر را تحت ادله ارث ببریم نیاز به توجیهاتی مانند تأهل، حق و مانند آن نداریم. دیگر اینکه می توانیم وقف منقطع الآخر را موضوع ادله ارث قرار دهیم بدون اینکه مشکل عدم مالیت عین موقوفه در وقفهای دراز مدت پیش آید چون از اساس قطعه بعد از انقراض را موضوع ادله ارث قرار می دهیم.

حل مشکل مانعیت وقف با این تصویر

بنابراین اگر ما در وقف منقطع الآخر چنین تصویری داشته باشیم ممکن است بگوئیم این اشکال سوم یعنی مانعیت وقف از شمول ادله ارث هم برطرف می شود. بخاطر اینکه وقف مانع از ارث در برهه ای است که خود وقف محقق است؛ و مطابق فرض واقف از همان زمان عقد، مالک قطعه بعد از انقراض است. ما نمی خواهیم ادله ارث را بر قطعه بین عقد و انقراض که عین، موقوفه است تطبیق کنیم بلکه بر همان قطعه بعد از انقراض که واقف از همان زمان عقد به نحو واجب معلق یا شرط متأخری مالک آن است تطبیق می کنیم. آن هم از همین زمان موت واقف نه بعد الانقراض. مگر نمی گوئید واقف الان مالک قطعه آینده است پس وقتی فوت کرد مصداق مات عن ملکیت می شود ولو به نحو واجب معلق یا شرط متأخری. همین لحظه ای که واقف از دنیا رفت ادله ارث بر او تطبیق می شود و وقف نمی تواند مانع از شمول ادله ارث نسبت به آن شود. وقف مانع از شمول ارث نسبت به آن قطعه ای می شود که وقف است مانند بیست سال یا صد سالی که موقوف علیهم زنده اند و منقرض نشده اند.

پس این شبهه مانعیتی که تصویر شد و واقعا شبهه قوی ای هم هست چون مبتنی بر استظهار از روایات بود با این تصویر نسبت به ملکیت بعد از انقراض قابل پاسخ است.

عدم صحت این تصویر

منتهی حق مطلب این است ما به تبع شیخ انصاری ره تقطیع در ملکیت را نمی پذیریم زیرا که عقلاء چنین اعتباری ندارند.

علاوه بر اینکه با دقت در این بحث مشکل دیگری هم پدید می آید که مؤید نظر مرحوم شیخ انصاری است: برای اینکه دریابیم آیا چنین تصویری از ملکیت در بحث وقف منقطع الآخر صحیح است فرض کنید واقعی عینی را برای موقوف علیهم برای زمان معتناهی وقف می کند مثلاً برای ده نسل یعنی حدود سیصد سال پرسش این است آیا ملکیت از آن بر عین بعد از سیصد سال عقلائی است؟

این حرف ریشه حرف کسانی بود که می گفتند وقف بعد الانقراض به واقف باز می گردد یعنی قائل بودند عین موقوفه از اول نسبت به بعد از انقراض از ملک واقف خارج نشده بود. سؤال این است که: وقتی واقف عینی را می خرد یا حیات می کند یا به ارث می برد یا به هر سببی مالک می شود آیا عقلاء ملکیت او نسبت به این عین را سه قطعه می کنند برای قطعه اول که قبل از وقف است اعتبار ملکیت برای مالک می کنند باسبابها، مانند بیع و حیات و ارث؛ قطعه سیصد ساله وقف را هم از ملکیت واقف بیرون می دانند به سبب وقف، آنوقت نسبت به بعد از این سیصد سال آیا برای او اعتبار ملکیت می کنند؟

انصافاً عقلاء نسبت به زمان بعد از سیصد سال که دویست و پنجاه سال بعد موت واقف است برای او اعتبار ملکیت می کنند تا به وارث او برسد؟ به نظر تصویر غلطی می آید.

پس ممکن است نکته ای در کمک به مرحوم شیخ انصاری اضافه کنیم. اینکه شیخ انصاری می فرمود که نسبت به اعیان و ملکیت آنها تقطیع محال است، و ما کلام ایشان را توجیه کردیم و محال بودن را حمل بر عدم معقولیت کردیم، حالا آن حرف تأیید می شود.

این بحث نیاز به دقت فراوان دارد چون از آن طرف ممکن است ما نتوانیم ملکیت عقلائی را مختص به زمان حیات بدانیم یعنی اگر اعیان را به حسب عمر انسان تقسیم کنیم شاید نتوانیم بگوئیم انسان تا لب به لب زمان عمر خودش مالک می شود زیرا در این صورت تصویر ارث مشکل می شود. ورثه می خواهند ما ترک را ارث برند و قبلاً بحث کردیم که اگر ملک استمرار نداشته باشد و اموال اقتضاء بقاء در ملک مالک بعد از موت نداشته باشند دیگر معنا ندارد عند الموت بگوئیم این اموال ترکه شخص است تا ما ترک صدق کند و به ورثه او برسد. اگر ملکیت با موت تمام شود دیگر ما ترک نیست. این همان بحثی است که در جواب مرحوم شیخ در بحث ملک موقوف علیهم بیان کردیم و گفتیم و لو عین موقوفه در ملک موقوف علیهم داخل شود به ارث ورثه موقوف علیهم نمی رسد، چون در وقف منقطع الآخر اصلاً اقتضاء بقاء در ملک بعد از موت موقوف علیهم را ندارد تا صدق ترکه کند.

پس نتیجه عرض ما این است که اگر شما ملک را قطعه قطعه کنید چنین محذوری پیش می آید، یا باید بگوئید انسان در عمود زمان مالک قطعات مثلاً هزار سال بعد نیز هست. اگر من کتابی را مالکم، مالک قطعات ملکیت این عین هستم حتی برای هزار سال بعد. که واقعا مستبعد است عقلاء چنین اعتباری کنند. و اگر بگوئید مالک سر به سر عمر خود مالک است یعنی، من مالک این عین هستم تا زمان عمر خودم، در این صورت این اشکال پدید می آید که ورثه چطور مالک این عین شوند چون اینکه ما ترک نیست. این عین باید اقتضاء بقاء در ملک من را داشته باشد تا ما ترک صدق کند. اگر شما بگوئید ملکیت مالک تا انتهای سال است که فرضاً در همان رأس سال از دنیا می رود و بعد از آن اقتضاء بقاء ندارد این عین دیگر ترکیه این مالک نیست تا ورثه اش ارث ببرند.

طبق هر دو قول (مالکیت در عمود زمان و مالکیت تا سراسر عمر) مشکلات متعددی وجود دارد

لذا می خواهیم عرض کنیم هر تصویری ارائه دهیم محذوراتی دارد. بگوئیم انسان مالک ملک در عمود زمان است با این محذور روبرو است که واقعا عقلانی نیست، واقعا معقول نیست که بنده مالک این عین باشم برای دویست سال بعد از حیاتم. از آن طرف اگر بگوئیم ملکیت سر به سر تا آخر عمر است، آنوقت ترکیه شدن و میراث رسیدن اموال را چگونه توجیه کنیم.

شاید به همین دلایل بوده است که مرحوم شیخ می فرماید: در اعیان یک ملک داریم بدون تقطیع در آن. اعیان استقرار دارند و انسان وقتی مالک این مستقر می شود گویا اصلاً زمان را نمی بیند. مالک این عین می شود و تمام. لذا دیگر بحث از قطعات در ملکیت نمی آید و ملک قطعه ندارد. اصلاً این پرسش که مالک تا زمان عمر خویش مالک است یا دویست سال بعد از عمرش مطرح نیست، و تنها مالکیت بر عین مطرح است.

این یکی از مؤیدات نظر مرحوم شیخ انصاری است که ما خودمان هم اختیار کردیم.

طبق مبنای عدم تقطیع ملکیت، اگر قائل به تصویر ملکیت آینده شویم دو اشکال دارد

نتیجه اینکه: بنابر مختار ما در ملک واقف که این ملک قطعه قطعه نمی شود بنابر این فرض که عین موقوفه از ملک واقف خارج نمی شود دو اشکال به وارث بودن ورثه حین موت واقف وارد است:

اشکال اول اینکه: معلوم نیست ادله ارث بالاطلاق بر همه موارد وقف منقطع الآخر تطبیق شود. خصوصاً در جائی که تا زمان انقطاع فاصله زمانی طولی باشد، چون بعد از استظهار اینکه موضوع ادله ارث، املاکی است که مالیت داشته باشند به روشنی شامل ملک مسلوب المنفعة طویل المدت نمی شود چون ارزش مالی ندارد،

اشکال دوم اینکه: بعد از تسلیم حل مشکلات مراحل قبل، ادله وقف مانع شمول ادله ارث می شود و وقتی مانع شد شما حق ندارید ادله ارث را بر عند موت الواقف تطبیق کنید، بلکه باید بر همان حین الانقراض تطبیق کنید. بنابراین اختیار وارث بودن ورثه حین الموت، قابل تصحیح نیست. چون تصحیحی که از ناحیه مالکیت انسان نسبت به ملک آینده توسط برخی از فقها بیان شد اشکال دارد و اصل مبنا صحیح نیست. و لذا ما رجوع عین موقوفه را از بیخ و بن قبول نداریم. یعنی عبارت صدر مساله که «لو انقضض الموقوف علیه و رجع الی ورثه الواقف» اصل این رجوع صحیح نیست زیرا دلیل ندارد. لبش هم همین است که چون تقطیع را قبول نداریم نمی توانیم رجوع ملکیت را بپذیریم.

پس نتیجه این نیست که در مسئله ۱۸ گفته اند به دو دلیل.

اگر قائل به خروج از ملک مالک شویم و تصویر ملکیت آینده را هم قبول نکنیم سه اشکال دارد

اگر ما عین موقوفه را ملک واقف ندانیم و آن تصویر ملک آینده را هم نپذیریم در این صورت سه اشکال بر ملکیت ورثه حین الموت وارد است:

اولاً: عند موت الواقف، واقف چیزی ندارد که بخواهد به ارث برسد. تأهل و استعداد رجوع وقف، از جنس چیزهائی نیست که انسان ارث ببرد.

اشکال دوم این است که: اطلاق ادله ارث باز شامل نمی شود، یعنی فی حد ذاتها شامل نمی شود.

اشکال سوم: مانعیت وقف است.

پس بنابراین ما چه مسلکی را قائل باشیم که قائل به زوال ملک از واقف است و چه نباشیم، بین دو یا سه تا اشکال مانع از صحت این قول در مسئله می شود.

پس این نظری که حضرت امام اظهر دانستند و اکثر محشین و ناظرین قبول کرده اند و مرحوم سید صاحب عروه و سید ابوالحسن اصفهانی نیز قبل از ایشان پذیرفته اند صحیح نیست. و به نظر ما علاوه بر اینکه اصلاً اصل مبنای مساله یعنی

رجوع عین موقوفه به واقف یا ورثه او صحیح نیست حتی در فرض بازگشت، رسیدن به ورثه حین الموت وجهی ندارد و حق این است که باید به ورثه حین الانقراض برسد.

هذا تمام الكلام در مسئله ۱۸

مسئله ۱۹: بیان مصداقی برای وقف منقطع الآخر

مسئله ۱۹ این است که یک قسم از وقف منقطع الآخر این بود که وقف شود علی من ینقرض غالباً، مثل اینکه وقف کند بر زید یا بر فرزندش و فرزند فرزندش که بعد از مدتی عمر آنها تمام می شود.

در این مساله می خواهند انحصار وقف منقطع الآخر به این صورت را انکار کنند. مثلاً اگر وقف مبنی بر دوام باشد، منتهی تا برهه ای از زمان وقف صحیح باشد و بعد از آن وقف ناصحیح باشد. مثل وقف دائمی بر زید و فرزندش و بعد از آنها برای کنائس و بیع.

در این فرض چون وقف بر کنائس و بیع باطل است، وقف قسمت اول که وقف بر زید و فرزند اوست مانعی ندارد اما بعد از آن باطل است. این نحوه وقف مبنی بر دوام است، چون تکلیف موقوف علیهم را للتالی تعیین کرده است منتهی قسمت دوام وقف باطل است.

آنوقت محشین گفته اند وقف قسمت دوم که بر کنائس و بیع است چون صحیح نیست این کالانقراض است. یا گفته اند وقف غیر صحیح کلاً وقف است، مانند این است که فقط برای یک عده وقف کرده است و دیگر هم وقف نیست.

منتهی یک دقتی می خواهد و به این سهولت نیست،

عبارت مسئله این است:

مسئله ۱۹: من الوقف المنقطع الآخر ما كان الوقف مبنياً على الدوام، لكن كان على من يصح الوقف عليه في أوله دون آخره، كما إذا وقف على زيد و أولاده وبعد انقراضهم على الكنائس والبيع مثلاً، فيصح بالنسبة الى من يصح الوقف عليه دون غيره.^۱

از جمله وقف های منقطع الآخر وقفی است که مبنی بر دوام باشد ولی با این فرض که اولش وقف بر من یصح الوقف علیه باشد ولی آخرش به این صورت نباشد. کما إذا وقف علی زید و اولاده وبعد انقراضهم علی الکناثس والبیع مثلا، فیصح بالنسبة الی من یصح الوقف علیه دون غیره.

این کتابی که ما از روی آن می خوانیم اینجا را اشتباه تایپ کرده اند گفته اند فلا یصح بالنسبة الی من یصح الوقف علیه دون غیره، این غلط است، بلکه عبارت درست این است که فیصح بالنسبة الی من یصح الوقف علیه دون غیره، بر زید و اولادش وقف صحیح است، دون غیره، باز هم می شود منقطع الآخر.

تأملات در بحث و توقف مسئله بر دو مقدمه

در این مساله باید یک تأملی کرد. بحث اینجا به یک جهت شبیه بحث بیع ما یصح البیع علیه و ما لا یصح البیع بالنسبة الیه است.

مقدمه اول: امکان انحلال وقف ثبوتا

اولا برای اینکه ما این نظر به این شکل که در متن آمده تصحیح کنیم، باید قائل به انحلال وقف شویم. یعنی وقف می تواند منحل بشود بالنسبة و بالنسبة. اما اگر کسی بگوید حقیقت الوقف نهاد عقلائی واحدی است و اصلا انحلالی نیست، وقتی کسی وقف می کند یا صحیح است یا صحیح نیست، اینکه منحل شود و نسبت به یک برخی از موقوف علیهم صحیح باشد و نسبت به برخی دیگر صحیح نباشد اصلا درست نیست. این نظر تصحیح نمی شود.

بنابراین به راحتی با یک قیاس و تشبیه نمی شود بگوئیم وقف علی من لا یصح کالانقراض است. دلیلتان بر این ادعا چیست؟

اصلا اینکه بتوانیم چنین وقف مستمری را که واقف نیت علی الدوام داشته است تبدیل کنیم به دو وقف، یکی درست و یکی غلط، این چه دلیلی دارد؟

پس اولین مقدمه این است که باید بگوئیم وقف، عند العقلاء نهاد و اعتباری است قابل انحلال به حسب موقوف علیهم.

واقع این است که بعید نیست وقف در نزد عقلاء به همین صورت باشد. یعنی بعید است که نهاد وقف همیشه برای همه آحاد موقوف علیهم به صورت یکپارچه باشد. درست است که یک انشاء می شود ممکن است وقف را هم وحدانی

بدانیم ولی به نحو ضمنی به حسب آحاد موقوف علیهم منحل می شود. و لذا به نظر می آید که حق این است که امکان دارد وقف نسبت به یکی درست باشد و نسبت به یکی باطل.

مقدمه دوم: تحقق اراده انحلالیت توسط واقف

مقدمه دیگری که برای حصول نتیجه باید روشن شود این است که واقف در حال انشاء ایقاف و آن مجعول اصالی بنابر نظر ما، اراده انحلالی داشته باشد.

این کافی نیست که نهاد وقف ثبوتا یک نهاد قابل انحلال باشد؛ همانند تملیک بیعی که ظاهر قابل انحلال است. حقیقت بیع که تملیک عین به عوض است ظاهرا این چنین است و ثبوتا می تواند انحلال پیدا کند. منتهی انحلال ثبوتی یک رکن است. یک رکن دیگر کاری است که واقف انجام میدهد مانند کاری که بایع آنجا انجام می دهد، اگر واقف تنها یک اراده روی وقف ببرد، یعنی اراده واقف تعلق گرفته باشد به وقف بر زید و ولدش و در حین انضمام به بقیه موارد انحلال را نخواهد، در این صورت باز هم تفکیک مد نظر متن و صحت نسبت به وقف بر زید و ولدش صحیح و بطلان نسبت به ما بقی وجهی ندارد و نمی توان این وقف را منقطع الآخر دانست.

پس باید اراده واقف را نیز مد نظر قرار دهیم ممکن است وقف کرده باشد بر زید و ولدش و بعدش بر کنائس و بیع، منتهی توأمان، یک اراده روی همه دارد، انحلالی نیست، بطوری که اگر بعد منفک شود می گوید اصلا من اراده همچنین وقفی را نداشتم. من مرکب را بما هو مرکب وقف کردم، اصلا اراده جزء در حین الانفصال از بقیه نداشتم. این یک صورت است.

همانطور که ممکن است اراده اش انحلالی باشد. همانطور که ما از ظاهر وقفش انحلال می فهمیم اراده او در عالم ثبوت نیز این چنین باشد.

می گوید این مواردی که در وقف آمده، ده امر مختلف است که می شود بر آنها وقف کرد، یک وقف برای زید و فرزندش، یک وقف هم برای بیع و کنائس، و چه بسا خود همین هم باز منحل شود به لحاظ بیع و کنائس مختلف که وقف بر یکی از آنها درست باشد و یکی غلط باشد. پس باید اراده خود واقف هم انحلالی باشد.

نتیجه اینکه مسئله ۱۹ که وقف منقطع الآخر را تعمیم داده است به مواردی که وقف علی من یصح علیه الوقف باشد ثم علی من لا یصح، برای تصحیح نیاز به دو مقدمه دارد: یکی اینکه نهاد وقف قابل انحلال باشد، مثل بیع که ثبوتا قابل انحلال است، دوم اینکه واقف نیز چنین اراده ای داشته باشد.

وحدت انشاء با انحلالی بودن وقف منافات ندارد

پس مسئله ۱۹ را می شود حل کرد به شرطی که این دو تا حل بشود، یکی از آنها بحث اثباتی خارجی است و یکی از آنها بحث ثبوتی است که آیا نهاد وقف عند العقلاء قابل انحلال است، که حق شاید همین باشد، یعنی وقتی وقف می کنند اینطور نیست که یکپارچه للتالی تا ابد الدهر باشد. درست است که یک انشاء است و یک وقف است، ولی وقف بر این، غیر از وقف بر او است، و ظاهرا قابل انحلال است. اگر اینطور باشد فقط ما می مانیم و اراده واقف.

پس اینکه بالاطلاق گفته اند که یصح بالنسبة الی من یصح الوقف علیه دون غیره، قدری عجیب است. خب این بسته به این است که اراده آقای واقف هم همینطور باشد.

استدراک بعضی شراح شاید ناظر به تشکیکات ما باشد

البته بعضی در مقام شرح بعد از اینکه این را گفته اند یک استدراکی کرده اند. ظاهرا مقصودشان همین است که ما عرض کردیم ولی یک جواری گفته اند که شاید به مطلب آنها اشکال وارد بشود. فرموده اند:

«نعم إنما یصح ما ذکر (من الانحلال و غیره) إذا لم یکن الوقف علی ما یصح مقیدا بصحته علی ما لا یصح (وقف بر ما یصح مقید به صحت بر ما لا یصح نباشد) و الا فالظاهر بطلان الوقف رأساً»^۱.

عدم دقت در تعابیر

حالا تعابیر به نظر من دقیق نیست. وقف علی ما یصح مقید به صحتش علی ما لا یصح نیست. آن چیزی که ما گفتیم ظاهرا مقصودشان هم باید همین باشد که اراده وحدانی واقف رفته باشد روی وقف تمام موقوف علیهم با هم. یعنی وقف این را در حال انضمام به دیگری می خواهد. (بحث تقیید و اینها که در اجزاء معنا ندارد) واقف بخشی از افراد موقوف علیهم را در حال انضمام به بقیه در طول زمان و در حال انضمام به بقیه مورد اراده وقفی قرار داده است، بطوری که اگر از انضمام منسلخ شود اصلا تحت اراده وقفی نیست. و وقوف هم علی حسب ما یقفها اهلها است.

پس این مسلم است که باید اراده واقف به وقف باشد و الا امضاء معنا ندارد. چه چیزی را شارع، امضاء کرده، یا چه چیزی را می خواهد قبول کند؟ وقف مثل بقیه معاملات است، اینطور نیست که شارع علی رغم میل واقف یکدفعه بگوید

۱ احکام الوقف فی الشریعة الإسلامية الغراء، صفحہ: ۶۶

نخیر من این وقف تو را قبول دارم، در حالی که شما چنین قصدی نداشتی من بگویم وقف قبول است. چنین چیزی نمی شود. و صحت شرعی عقد تابع اراده واقف است. البته شارع می تواند شرائطی را اضافه کند ولی اراده واقف را می خواهیم. پس نمی دانیم چرا عبارت را به این صورت آورده اند. ولی ادعای ما روشن که اگر اراده واقف تعلق بگیرد به موقوف علیهم در حال انضمام بهم بطوری که اگر انضمام نباشد اصلاً اراده وقف نداشته باشد وقف باطل است.

پس اینکه در متن به صورت مطلق فرموده اند در این حصه درست نیست. اما منظورشان این مطلبی است که عرض شد فیها و الا تعبیر دقیقی نیست.

این هم مسئله ۱۹. تا انشاءالله مسئله بعد که وقف منقطع الاول است.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۲۰: وقف منقطع الاول و منقطع الوسط ۴۶۴

دو صورت وقف منقطع الاول ۴۶۵

انحاء وقف معلق ۴۶۵

تفاوت قسم اول منقطع الاول با قسم دوم ۴۶۶

تفاوت بیان حضرت امام ره با بیان فقهاء متقدم ۴۶۶

متن مسئله ۲۰ ۴۶۸

عبارات دال بر صحت وقف منقطع الاول ۴۷۰

عبارات مرحوم شیخ در مبسوط ۴۷۰

دلیل مرحوم شیخ طوسی بر صحت وقف منقطع الاول ۴۷۱

عبارات الجامع للشرایع ۴۷۲

نظرات فقهاء معاصر ۴۷۲

مسئله ۲۰: وقف منقطع الاول و منقطع الوسط

بحث ما در مسئله ۲۰ تحریر است. مرحوم امام رحمه الله بحث وقف منقطع الاول و منقطع الوسط را در این مسئله طرح کرده اند. وقف منقطع الآخر قبلا بحث شد.

قدماء از فقهاء از زمان شیخ طوسی به بعد این مساله را طرح کرده اند لکن ورود و خروجشان با این تعابیری که در تحریر و در وسیله وجود دارد متفاوت است. در عبارات تحریر در این مساله پیچشهایی وجود دارد که بخشی از آن ناشی از عبارات مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة است. البته بین این دو اختلاف نظر جدی وجود دارد و فتوایشان کاملاً با هم متفاوت است لکن در بحثی که مد نظر ما است هر دو بزرگوار مشترکند.

دو صورت وقف منقطع الاول

در اینجا دو صورت برای وقف منقطع الاول تصویر کرده اند. چون در بحث منقطع الاول یعنی وقفی که اولش درست نباشد این عدم صحت از زمان انشاء وقف تا یک زمان به دو صورت ممکن است تحقق یابد:

یک قسم این است که اولاً وقف کند بر کسی که لا یصح الوقف علیه، بعد وقف کند بر من یصح علیه. مثلاً اولاً وقف کند بر خودش و بگوید بعد از موت من برسد به فقراء و مساکین. یا وقف بر عبد خودش و پس از او بر مساکین. در این وقف قسمت اول وقف درست نیست اما نسبت به قسمت دوم بحث وجود دارد که آیا صحیح است یا خیر؟ یعنی وقف بر خود به ادله ای که می آید درست نیست، اما آیا بر فقراء و مساکین نیز باطل است چون وقف منقطع الاول است و قسمت اولش درست نیست یا نه قسمت دوم وقف درست است؟

حال اگر قائل به صحت وقف منقطع الاول شویم پرسش دیگری مطرح می شود و آن اینکه که قسمت دوم وقف از چه زمانی صحیح است؟ یعنی از چه زمانی می توانیم مال موقوفه را در اختیار موقوف علیهم بگذاریم؟ از حین الوقف به این بیان که قسمت اول وقف که درست نبود کالعدم است و گویا وقف از اول شروع می شود. یعنی وقتی واقف انشاء می کند علی النفس تا حین الموت، و بعد الموت بر فقراء و مساکین، چون وقف بر خودش کالعدم است، پس از همین حالا باید بدهیم به فقراء و مساکین. یا نه باید صبر کنیم تا وقت مرگ واقف و پس از آن به فقراء و مساکین می رسد؟ پس این مسأله دوم مترتب بر مسأله اول است و فعلاً محل بحث ما نیست. ما می خواهیم در ابتدا بحث اول را حل کنیم. پس در کلام قدماء یکی این آمده است.

قسم دیگری که آن هم به عنوان وقف منقطع الاول مطرح می شود و هر چند تفاوتی با آن دارد ولی وقف منقطع الاول محسوب شده است وقف معلق است. در مسأله ۲۲ این بحث مطرح می شود که عقد وقف باید منجز باشد و وقف معلق درست نیست.

انحاء وقف معلق

لذا اگر کسی در مقام انشاء وقف بگوید «إذا جاء زید وقفت داری» یعنی وقفش را معلق کند بر آمدن زید، وقف درست نیست. یا معلق کند بر امری که الان محقق است و واقف نیز عالم به تحقق آن در خارج است مانند اینکه بگوید: «لو کان هذا الیوم جمعة وقف داری». یک شقش دیگرش نیز این است که امروز فی الواقع جمعه است ولی واقف آن را

نمی داند و مردد است بین جمعه و پنجشنبه؛ می گوید «لو كان اليوم جمعة وقفته داری» و اتفاقاً جمعه هم هست. اینها صور مختلف تعلیق است.

حالا فرض کنید ما وسط ماه هستیم، می گوئیم اگر اول ماه آمد من وقف کردم خانه ام را. این بزرگواران که می گویند این وقف هم منقطع الاول است از این باب است که وقتی واقف از نیمه ماه وقف سر ماه را انشاء می کند، این فاصله نیمه تا سر ماه آتی خالی از وقف است لذا به لحاظ این حصه زمانی منقطع الاول است.

تفاوت قسم اول منقطع الاول با قسم دوم

شکل این قسم دوم وقف منقطع الاول با اولی فرق دارد. در اولی وقف کرده بود ولی باطل بود. ولی در اینجا قسمت اول اصلاً وقف نشده است. ولكن همینکه فاصله می افتد از بین این عقد تا وقف، این خلأ را گویی همان انقطاع اول می دانند. بالاخره این هم انقطاع اول است دیگر. از اول وقف ثابت نیست ولو به انشاء خودش.

دوستان خوب دقت کنند، چون در کلمات فقهاء اینجوری که در تحریر و در وسیله آمده من ندیده ام. مثلاً دیدم مرحوم امام در رساله فارسی نجات العباد نیز مساله را به مانند تحریر بیان می کنند اما در کلمات فقهاء ندیدم اینطور گفته باشند. دیگران می گویند ما وقف منقطع الاول داریم باطل است، یا می گویند صحیح است مثل مرحوم شیخ طوسی که حالا تفصیلش می آید. آنوقت منقطع الاول کدام است؟ گوئی می خواهند بگویند هر وقتی که اولش خالی است منقطع الاول است. اینکه وقف کند بر من لا یصح الوقف علیه ثم وقف علی من یصح الوقف علیه این یک قسمش است. یک قسمش هم این است که از اول این برهه اول را نادیده بگیرد، وقف کند برای اول ماه بالتعلیق، این را هم می گویند وقف منقطع الاول است. خب در کلمات قوم اینها آمده و روشن هم آمده و هیچ مشکلی ندارد.

تفاوت بیان حضرت امام ره با بیان فقهاء متقدم

حضرت امام ره به تبع وسیله مرحوم سید از این قسم که به صورت تعلیق به زمان آینده باشد نام می برند و تفصیلی می دهند بین جائی که تعلیق از ناحیه خود واقف عند الإنشاء باشد یعنی بین زمان انشاء و تحقق وقف فاصله اندازد با جائی که واقف فاصله نیندازد و بطلان در شق اول وقف به حکم شارع باشد.

البته در قسم اول هم که وقف تعلیقی است در نهایت بطلان به حکم شارع است، حال چه مدرک بطلان، اجماع باشد یا استحاله عقل نظری یا عملی مسلم که شارع آن را تأیید کرده است ولی فرقی این است که در جائی که این وقف معلق

است، خود آقای واقف معلق قرار داده است، و این برهه اول را از حالا تا زمانی که معلق علیه عقدش بیاید و عقدش بالفعل شود خالی قرار داده و در این فاصله شارع وقف او را از بین نبرده است، خود آقای واقف این حیطة را خالی گذاشته است. ولذا با اینکه ندیدیم فقهاء دیگر تفصیلی بین اقسام وقف منقطع الاول داده باشند، حضرت امام ره تفصیل داده اند و به تعبیر ایشان در جائی که انقطاع مستند به خود واقف باشد این وقف منقطع الاول من رأسه باطل است. اما در جائی که انقطاع به حکم شرع باشد، مثل آنجایی که وقف علی نفسه أو علی عبده کند یا بر کافر وقف کند (بنابر اینکه وقف بر کافر مطلقا اشکال داشته باشد) یا وقف علی امری کند که اعانه بر اثم باشد و بعد از یکی از اینها بر افرادی که وقف بر آنها صحیح باشد وقف کند؛ در این صور، قسمت اول وقف به حکم شارع باطل است، لذا گفته اند قسمت دومش که وقف علی من یصح است صحیح است ولو وقف منقطع الاول است.

عبارت واقعا پیچ و تاب دارد، نیاز نبود اینطور بگویند. به نظرم همان چیزی را که فقهاء گفته اند سر راست تر است. خب چه وقف بر من لا یصح علیه و سپس وقف علی من یصح علیه باشد یا وقف معلق باشد در هر دو صورت وقف منقطع الاول است. منتهی مهم تفصیلی است که داده اند و وجه آن.

به نظر ما این تفصیل وجه ای ندارد، ولی اگر می خواهیم خوب این تفصیل را بفهمیم باید ادله بطلان و ادله صحت را تنقیح کنیم، آنوقت معلوم می شود که آیا این تمیز و تفکیک درست است یا خیر؟

مرحوم آیت الله فاضل در تفصیل الشریعة بیانی دارند برای تفصیل امام. برخی از فقهاء معاصر دیگر هم توجیه دیگری دارند برای تفصیل امام. ولی به نظرم هیچکدام درست نیست. که انشاء الله آنها را بیان کرده و بررسی می کنیم.

منتهی قبل از اینکه ما به این توجیهات برسیم مناسب است متن تحریر و عبارات برخی از فقهاء را ببینیم. تا جایی که می شد تقریبا کلام تمام فقهاء دیده شد اکثرا تکرار است. غیر مکررات را می خوانیم.

تاجایی که بررسی شد تنها مرحوم شیخ در مبسوط و خلاف و مرحوم یحیی بن سعید حلی در الجامع للشرائع وقف منقطع الاول را در آن قسمتی که یصح علیه الوقف، تصحیح کرده اند. البته وقف معلق را قبول ندارند، ولذا وقف منقطع الاولی که به صورت معلق باشد را صحیح نمی دانند، اما وقف علی من لا یصح و علی من یصح که در طول هم باشند را نسبت به حصه وقف علی من یصح درست می دانند. پس قائل به صحت همین دو بزرگوار هستند، یکی مرحوم شیخ طوسی اعلی الله مقامه است در مبسوط و خلاف، (تازه آنجا هم یک عبارت عجیب و غریبی دارد که باید ملحوظ داریم)، و دیگری یحیی بن سعید در الجامع للشرائع، بقیه فقهاء تقریبا همه وقف منقطع الاول را نپذیرفتند، حالا علامه حلی یک

استدلالی دارد، بقیه هم دنبال ایشان معمولاً این استدلال را نقل می کنند و قبول می کنند یا به نحو دیگری همین فرمایش را قبول کرده اند. ولذا اصل این مسئله را که وقف منقطع الاول در همه صورش باطل است قبول دارند. پس ما باید ادله بطلان وادله صحت را ببینیم.

صاحب مفتاح الکرامة نیز همین را می فرمایند که قائل به صحت فقط همین دو بزرگوار هستند.

اینکه مطالب تکراری را حذف کردیم به این خاطر است که تقریباً همه عبارات تکرار فرمایش شیخ طوسی است در صحت و بعد جواب آن که همان فرمایش مرحوم علامه حلی است. کمتر کسی یک برهان و استدلال جدیدی آورده است.

متن مسئله ۲۰

المسئلة ۲۰: الوقف المنقطع الاول إن كان بجعل الواقف (که وجهش را عرض کردم که چرا می گویند بجعل الواقف) كما إذا وقف إذا جاء رأس الشهر الكذائي فالاحوط بطلانه (مرحوم سید جازمانه می گوید باطل است، اما امام ره می فرماید فالاحوط بطلانه)، فإذا جاء رأس الشهر المزبور فالاحوط تجديد الصيغة (چون احتیاطاً می گویند باطل است و ممکن هم هست صحیح باشد، حالا برای اینکه احتیاط کرده باشیم وقتی اول ماه شد عقد را تجدید کنیم رجاء، دیگر عقدش می شود عقد تنجیزی) و لا يترك هذا الاحتياط.^۱

ظاهراً منظور این است که به خواست ما نیست که اگر خواستیم وقف شود صیغه را اعاده کنیم بلکه احتیاط این است که حتماً صیغه را اعاده کنیم چون احتمال می دهیم وقف درست باشد. پس بنابراین وقتی اول ماه شد باید این احتیاط را انجام بدهیم و ترک هم نکنیم لأجل احتمال اینکه از اول این وقف صحیح باشد.

اگر منقطع الاول به جعل واقف باشد اینطوری است. که به جعل واقف را عرض کردم همان وقف معلق را می گویند. اگر می گفتند وقف معلق خیلی بهتر بود از اینکه بگویند انقطاع به جعل واقف باشد.

بعد می فرمایند: «و إن كان (الانقطاع) بحکم الشرع بأن وقف اولاً علی ما لا یصح الوقف علیه ثم علی غیره فالظاهر صحته بالنسبة الی من یصح».

اگر اول وقف کند علی من لا یصح ثم علی من یصح، آن قسمت اول که علی من لا یصح بود باطل است، اما ایشان می گوید ظاهر این است که آن قسمت دوم صحیح است. و در آخر بحث احتیاط می کند. می گوید احوط این است که وقتی مدت وقف اول یا بطن اول که وقف بر آنها باطل بود به پایان رسید و زمان بطن دوم یا نسل دوم که شروع من یصح است آغاز شد احوط این است که عقد وقف را تجدید کند.

می فرمایند پس اگر این انقطاع اول به حکم شرع باشد بأن وقف اولاً علی ما لا یصح الوقف علیه ثم علی غیره فالظاهر صحته بالنسبة الی من یصح. و کذا فی المنقطع الوسط. اما اگر اول وقف بر من یصح است، مثلاً فرض کنید بر نسل اول اولاد خودش وقف کرده است، بعد از آنها بر کافر بنابر اینکه وقف بر کافر باطل باشد، یا وقف بر خودش کرده باشد یا وقف بر عبدش کرده باشد، بعد از عبد خودش دوباره وقف کرده بر فقراء و مساکین. خب وقف بر اولاد خودش درست است، وقف بر خودش یا عبدش باطل است، بعد وقف بر مساکین و فقراء صحیح است. دو طرف این وقف علی من یصح است ولی وسطش من لا یصح است. به این می گویند وقف منقطع الوسط، چون وسطش انقطاع پیدا کرده است.

می گویند «وکذا فی المنقطع الوسط کما إذا کان الموقوف علیه للوسط غیر صالح للوقف علیه بخلافه فی الاول والآخر (در اول و آخر صالح، در وسط غیر صالح، می فرمایند: فیصح علی الظاهر فی الطرفين (قسمت اول وقف درست است آخر وقف هم درست است وسطش باطل است. بعد می فرماید: والاحوط تجدیده عند انقراض الاول فی الاول والوسط فی الثانی)».

اینجا دیگر لغز شده است. اولی که اینجا می گوید یعنی همین وقفی که اول علی من لا یصح بود ثم علی من یصح شد. می گوید و الاحوط تجدیده عند انقراض الاول که من لا یصح بود، عند انقراض من لا یصح و وقتی نوبت من یصح رسید احتیاط این است که وقف را تجدید کند که آنوقت وقف من یصح درست است. چرا؟ برای آنکه از خلائی که در مقام هست (که یا خلاف مشهور است یا خلاف اجماع یا ...) خارج شویم باید وقف را تجدید کند تا عقد صحیح باشد.

بعد می گویند والوسط فی الثانی، مراد از ثانی منقطع الوسط است، یعنی اول و آخرش درست است و وسطش باطل. البته در اینجا هم احتیاط در این است که بعد از انقراض وسط که نوبت به قسمت علی من یصح دوم می رسد باز وقف را تجدید کنند.

پس برای قسمت اول وقف نیاز به احتیاط و تجدید صیغه نداریم چون قسمت اول علی من یصح است و متصل به انشاء واقف نیز هست لذا وقف صحیح است و نهایتش این است که می شود وقف منقطع الآخر. مگر از باب احتیاط در

وقف منقطع الآخر که بحث دیگری است. اما قسمت دوم از علی ما یصح الوقف بعد از این انفصال و انقطاع است لذا چون از این حیث شبیه به وقف منقطع الاول می شود برای خروج از شبهه بطلان وقف منقطع الاول احتیاط این است که در زمان نسل سوم وقف تجدید شود تا از محتمل الخلاف خارج شود. این مسئله ای است که ایشان طرح کرده اند.

عبارات دال بر صحت وقف منقطع الاول

همانطور که عرض شد در فقه مرحوم شیخ طوسی و یحیی به سعید نظر به صحت وقف داده اند. ابتدا عبارت مبسوط را می خوانیم تا ببینیم استدلال ایشان به چه صورت است و دیگران چگونه جواب داده اند.

عبارت مرحوم شیخ در مبسوط

ایشان در مبسوط می فرماید: «إذا وقف علی من لا یصح علیه الوقف ثم علی من یصح علیه، مثل أن یقف علی عبده فإن انقراض علی اولاده و هم موجودون، فإن انقضوا فعلى الفقراء و المساکین (این می شود وقف منقطع الاول چون وقف بر اولاد موجود و بعد هم بر فقراء و مساکین وقف صحیحی است، فقط قسمت اولش که وقف بر عبد خودش هست باطل است)، أو وقف علی عبده ثم علی الفقراء و المساکین بعده، أو وقف علی حمل (که وقف بر حمل صحیح نیست) أو علی وارث و الواقف مریض مرضاً مخوفاً، أو وقف علی مجهول مثل أن یقول وقفته علی رجل أو علی قوم، أو وقف علی معدوم مثل أن یقف علی اولاده و لیس له اولاد و ما شبه ذلک، (البته در این قسمت اخیر دیگر ایشان نیاورده که بعدش بر من یصح الوقف، وقف کند مانند وقف بر فقراء و مساکین یا وقف بر اولاد که صحیح است، ولی روشن است که مقصود ایشان چیست) فالذی یقتضیه مذهبنا أنه لا یصح الوقف لأنه لا دلیل علیه». عبارت عجیبی است می فرماید اقتضاء مذهب این است که درست نباشد، ولی چند سطر پائین تر می گوید اولی این است که درست باشد و این قوی است.

پس اول می فرماید: «فالذی یقتضیه مذهبنا أنه لا یصح الوقف لأنه لا دلیل علیه، و فی الناس (که علی الظاهر اشاره به عامه است) من قال یصح بناءً علی تفریق الصفقة، فإذا قال لا یصح تفریق الصفقة ابطال الوقف فی الجميع و بقى الوقف علی ملک الواقف لم یزل عنه، و من قال یصح تفریق الصفقة ابطال فی حق من لا یصح الوقف علیه و صححه فی حق الباقین».^۱

می فرماید مذهب ما بطلان را اقتضاء می کند چون ما دلیلی بر صحت نداریم. ظاهراً ایشان بحث را در همان کبرای اصالة الفساد انداخته اند. پس علی القاعده ایشان نباید امثال اوفا بالعقود را در اینجا پذیرفته باشد.

بعد فرمودند در میان مردم که قاعدتا مقصود عامه هستند مسئله مبتنی بر تفریق صفقه است، که یک وقفی که می کند اگر این تبعیض بشود به اوقاف متعدد، و اشکالی نداشته باشد یکی از آنها درست باشد و دیگری باطل، این مانعی ندارد، اما اگر تبعیض صفقه نشود و همه این وقف یک کاسه باشد، چون اولش درست نیست پس کلش باطل است. لذا اهل سنت گفته اند من قال یصح بنائاً علی تفریق الصفقة، فإذا قال لا یصح تفریق الصفقة ابطال الوقف فی الجمیع. یک وقف وحدانی رفته روی من یصح و من لا یصح. خب این وقف وحدانی است، و چون داخل این وقف، من لا یصح علیه الوقف نیز وجود دارد کل وقف باطل است. اما اگر تبعیض صفقه را قبول کردیم، این وقف در واقع چند تا بعضی صفقه است، صفقه وحدانی ما منحل می شود به وقف علی من لا یصح و وقف علی من یصح. وقف علی من لا یصحش باطل و وقف علی من یصحش درست است، و صححه فی حق الباقین که من یصح است.

دلیل مرحوم شیخ طوسی بر صحت وقف منقطع الاول

بعد ایشان می فرماید: «وهذا (تبعیض صفقه) قوی یجوز أن یعتمد علیه لأننا نقول بتفریق الصفقة (می گوید ما تفریق صفقه را قبول داریم)».

بعد می رود به مسئله مترتب بر این، که اگر کسی به تبعیض صفقه قائل شد و گفت وقف تبعیض می شود و در من لا یصح باطل است و در من یصح صحیح است، آنوقت این بحث پیش می آید که از کی ترتیب اثر بدهیم به وقف من یصح، از حین العقد، یا باید صبر کنیم تا آن نسلی که لا یصح بود تمام شوند و بعد از آنها وقف درست باشد، یا عند موت الواقف که بعضی ها می گویند (که این قول سوم ظاهراً در کلمات مرحوم شیخ نباشد، ولی بعضی می گویند عند موت الواقف). فعلاً کاری به این فرع نداریم.

پس مرحوم شیخ در من یصح صحت را قبول کرد از باب اینکه تبعیض صفقه را قبول دارد و عقد را منحل می کند. این فرمایش ایشان.

عبارت الجامع للشرایع

یحیی بن سعید هم در الجامع للشرایع می فرماید: «وإن وقف على عبد أو على نفسه ثم على الجهة المؤبدة غالباً، لم يصح على المبدأ لما سلف و لا على المنتهى».

اگر وقف کرد بر عبدش یا خودش و بعد هم بر جهت دوام مانند مساکین و فقراء، لم يصح على المبدأ که عبد یا خودش باشد، و لا على المنتهى، که کلاً (چه نسبت به من لا یصح و چه نسبت به من یصح) باطل است.

بعد ایشان می فرماید: «و قيل یصح (در من یصح علیه) و یصرف الیه فی الحال (و از همان لحظه وقف نافذ است پس آن فرع دوم را هم همینجا حل می کند)، وهو الاولی».^۱ که ایشان هم همان فرمایش شیخ را تکرار کرده است.

از این به بعد که به علامه حلی می رسیم تا به قریب به زمان ما همه گفته اند وقف منقطع الاول نادرست است حتی در من یصح. و در وقفی که انقطاعش از ناحیه واقف باشد که منظور همان وقف معلق به اول ماه است آن نیز نادرست است.

نظرات فقهاء معاصر

از فقهاء فعلی عده زیادی همین را می گویند. حضرت آیت الله سیستانی حفظه الله همین را می فرمایند، آقای حکیم هم در منهاج الصالحین همین را می فرمایند. ایشان در مسئله ۵ شرائط موقوف علیه می فرماید: «إذا وقف على ما لا یصح الوقف علیه و ما یصح على التشریک بطل بالنسبة الى الحصة الاول و صح بالنسبة الى الحصة الثانی (این در فرض تشریک است که هم عرض باشند)، و إن كان على نحو الترتیب (اول بر من لا یصح ثم على من یصح) فإن كان الاول مقدماً (یعنی من لا یصح مقدم باشد) فالاقوى بطلانه رأساً، و إن كان مؤخراً كان من المنقطع الآخر فیصح فیما یصح الوقف علیه و یبطل فیما بعده».^۲

پس در علی نحو الترتیب ایشان مطلق وقف منقطع الاول را می گوید باطل است. خیلی از فقهاء فعلی هم همین را قائلند که وقف منقطع الاول در همه صورش باطل است. آیت الله صافی حفظه الله هم دیدم ایشان نیز همینطور می فرمایند، در هر دو قسم منقطع الاول می گوید وقف صحیح نیست.

۱ الجامع للشرایع؛ ص: ۳۷۰

۲ منهاج الصالحین (المحشى للحکیم)؛ ج ۲، ص: ۲۵۱

مهم در بحث دلیل این مسئله است. ما انشاءالله جلسه بعد فرمایش علامه را که تقریباً انس اساس ادله بطلان است و استدلالی سه شقی است بیان می کنیم. ایشان می گوید این وقف منقطع الاول سه حالت بیشتر ندارد، بر یک احتمال وقف بلا موقوف علیه می شود که معقول نیست، بر تقدیری دیگر وقف معلق می شود که آن هم خلاف تنجیز است و درست نیست، بر تقدیر سوم هم خلاف شرط واقف می شود. بحث از چرایی لزوم این موارد و بطلان آنها انشاءالله جلسه بعد.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- ۴۷۴ تسلیت به مناسبت سالگرد شهادت سردار سلیمانی ره
- ۴۷۶ تسلیت ارتحال عالم ربانی حضرت آیت الله مصباح یزدی ره
- ۴۷۷ مسئله ۲۰: وقف منقطع الاول و منقطع الوسط
- ۴۷۷ خلاصه گذشته
- ۴۷۸ تفکیک حضرت امام ره بین دو قسم از وقف منقطع الاول
- ۴۷۹ ادله بطلان وقف منقطع الاول
- ۴۷۹ بیان شیخ طوسی بر بطلان و صحت
- ۴۷۹ استدلال سه شقی مرحوم علامه بر بطلان
- ۴۸۱ عبارت مرحوم علامه در تذکره
- ۴۸۲ اشکال شهید اول در غایة المراد بر فرمایش مرحوم علامه
- ۴۸۳ در من امکان انقراضه، انقراض شرط تجویز انتفاع است نه نفوذ وقف
- ۴۸۴ تکلیف نماء متوسطه
- ۴۸۵ اشکال صاحب جواهر و مسالک به شهید اول

تسلیت به مناسبت سالگرد شهادت سردار سلیمانی ره

قبل از ورود در بحث، سالگرد شهادت سردار رشید اسلام شهید حاج قاسم سلیمانی را تسلیت و تعزیت عرض می کنیم. این شهید بزرگوار آبروی جهان اسلام و آبروی کشور و ملت و انقلاب ما بود. انسان وقتی مجموع فضائل و ملکات این شخص بزرگ را ملاحظه می کند، به حال این شخص غبطه می خورد. مجموعه ای از فضائل اخلاقی، مجموعه ای از جهاد فی سبیل الله، بصیرت و شناخت موقعیت و تصمیم صحیح در آن، از ایشان شخصیتی بی بدیل ساخته بود. فضائل اخلاقی این مرد عزیز و بزرگوار و جهاد مستمر او در راه خدا و بصیرت او و شناخت وضعیت از این شخص، مجموعه ای از خلیات را ایجاد کرده بود که روح ها را به او جذب کرد. روح او همچون مغناطیسی ارواح مردم را به سوی خودش می خواند و الگویی اخلاقی برای همه ما ایجاد کرد.

اینکه یک شخص بتواند در برهه کوتاه عمرش در قیاس با بی نهایت ابدیت به نحوی عمل کند که عمل او بهترین آثار را هم برای شخص خودش و هم برای امت اسلام داشته باشد و تأثیرات شگرفی بر سرنوشت ملت‌های مسلمان در این برهه زمانی خاص داشته بگذارد؛ کم چیزی نیست. اینکه شخصی بتواند از فرصت‌ها به بهترین وجه استفاده کند هم در تقرب الی الله و هم در تشخیص وضعیت و در کمک به پیشرفت اهداف اسلام و انقلاب (که همان اهداف اسلام را دارد) و در کنار ولی فقیه زمان بتواند به این اهداف دست پیدا کند، این واقعا توفیق فوق العاده عظیمی است.

چه بسیار قلبی را که جذب خویش نمود. روح های بزرگ اینگونه اند. با اثرگذاری در زمان خودشان ارواح و قلوب بسیاری را به طرف خویش جذب می کنند، و تأثیر شگرف آنها محدود به زمان حال نبوده و در زمانهای آینده نیز حتما اثرگذار خواهد بود. ما مطمئنیم که در سراسر جهان اسلام برای وجود این شخص عزیز تأثیرات عظیمی پدیدار خواهد شد کما اینکه تا به حال نیز این چنین شده است. شما در همین ایام دیدید که چگونه در همه کشورهای منطقه نسبت به ایشان قدردانی و تکریم شد. و من فکر می کنم اینکه یک شخصی بتواند این مجموعه اخلاقیات را در یک جا جمع کند، این جز توفیقات خاص الهی چیز دیگری نیست.

و در کنار همه آن فضائل اخلاقی صبر او بود. زمانهایی بود که ما می دیدیم ایشان چگونه در سوریه و عراق در حالی با دشمن قدار می جنگد که داعشی ها از سوی آمریکا و سعودی و اذناشان به عالیتین مراتب و تجهیزات نظامی مسلح می شدند ولی ایشان با کمبود امکانات و پراکندگی و آشفتگی در وضعیت نیروهای خودی روبرو بود. ایشان همه را با مدیریت و فکر و درایت در عراق و سوریه جمع کرد و با امکانات موجود توانست وضعیتی را پدید بیاورد که موجب تعجب همه جهانیان شد. و این مسئله بسیار مهمی بود. گرچه آمریکایی ها می خواستند خودشان را به عنوان مخالفین و کسانی که با داعش مقابله کرده اند جا بزنند، ولی همه می دانستند که اینها خودشان پشت این قضیه هستند، کما اینکه در مصاحبه هایی که داشتند و در مناظره های تلویزیونی اعتراف کردند که در پشت قضیه داعش، آمریکایی ها، سعودی ها و اذناشان وجود دارند. با این همه صبر این مرد بزرگ به این نتیجه رسید.

ما فراموش نمی کنیم روزهایی را که ایشان برای وضعیت مسلمانها بسیار غصه دار بود، خصوصا برای وضعیت متدینین و شیعیان عراق و سوریه. گرچه محبت ایشان واقعا برای همه جاری بود. شیعه و سنی از حرکات او قیام او و جهاد در راه خدای او بهره مند می شدند، ولی در هر حال غصه مندی او و نگرانی او و صبر او در این مسیر واقعا مثال زدنی بود. خداوند مراتب عالی این شهید بزرگوار را عالی تر بگرداند، و روح او را انشاءالله موجب حرکت بیشتر مسلمانها در این

سرزمینها قرار بدهد و حتما روح بزرگ او اثرگذار است. و انشاءالله خصوصا جوانها را به حرکت بیشتر در مسیر اهداف عالی اسلام و انقلاب وادار کند.

تسلیت ارتحال عالم ربانی حضرت آیت الله مصباح یزدی ره

نکته دیگر تسلیت ارتحال عالم ربانی و فیلسوف الهی مرحوم آیت الله مصباح یزدی است که واقعا فقدان ایشان ضایعه بزرگی بود برای حوزه های علمیه و بلکه برای کل جهان اسلام.

ایشان مرد متفکری بود و دارای فکر بسیار منظم، هم در عالم فلسفه و فکر و دفاع از اسلام و دفع شبهات و دفاع از نظام سیاسی ولایت فقیه، و هم در عالم عمل و اجراء دارای فکر منظمی بود. از ابتداء ایشان به دنبال ایجاد یک مؤسسه علمی بود و بحمد الله موفق شد، شاگردان زیادی را پرورش داد و کتابهای فراوانی تالیف کرد که امیدواریم باقیات صالحاتی باشد و تا دهه ها و سده ها بتوانند از این کتابها استفاده کنند.

از خصائص این مرد الهی خلیق بودن و تواضع ایشان بود، همه این را می دانستند. گرچه این تواضع ایشان نسبت به مؤمنین بود، ولی نسبت به کسانی که در مقابل اسلام و در مقابل نظام جمهوری اسلامی ایستاده بودند ایشان همان اشداء علی الکفار بود.

همچنین خداوند تبارک و تعالی به ایشان نعمت و توفیق استفاده از محضر علماء ربانی را داده بود خصوصا بزرگانی مانند مرحوم حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه و مرحوم آیت الله بهجت رحمه الله علیه و مرحوم علامه طباطبائی رحمه الله علیه. نفس درک حضور این بزرگان تأثیرات بسزایی خواهد داشت، حالا یک شخص مستعدی مثل مرحوم آیت الله مصباح یزدی که در خدمت این بزرگان تتلمذ فرموده بود، این خودش یک مجموعه خاصی را در روح و فکر ایشان پدید آورده بود.

آثار فکری ایشان آثاری که باقی گذاشته اند برای همه قابل استفاده است. نسلهایی انشاءالله از این آثار استفاده خواهند کرد، و همینطور شاگردانی که ایشان پرورش داده اند.

ما در عین حال که این فقدان را یک ضایعه می دانیم برای حوزه های علمیه، اما امیدواریم که شاگردان ایشان و کتابهای ایشان تا حدی این ضایعه را جبران کند. خداوند روح بلند ایشان را که عالی است عالی تر بفرماید، و به برکت معرفت و محبت خودش و معرفت و محبت اهل بیت علیهم السلام ان شاءالله مراتب عالی این مرد بزرگ را عالی تر بگرداند.

این مسئله استفاده از محضر علماء نکته ای است که انشاء الله باید به آن توجه داشته باشیم و تا زمانی که این بزرگان زنده هستند بتوانیم از ایشان بیشتر استفاده کنیم و از انوار وجودی آنها بهره مند شویم. خصوصا علماء ربانی که اهل اخلاق هستند و تأثیرات روحی دارند. انشاء الله خداوند به همه ما توفیق این استفاده را عنایت بفرماید.

مسئله ۲۰: وقف منقطع الاول و منقطع الوسط

بحث ما در مسئله بیستم تحریر الوسيله بحث وقف منقطع الاول بود که بخشی از این مسئله گذشت.

خلاصه گذشته

عرض کردیم که در این مسئله نحوه ورود و خروج مرحوم سید صاحب وسیله و مرحوم امام با دیگران فرق دارد. کسانی که از زمان شیخ طوسی به بعد این مسئله را طرح کرده اند به صورت دو مسئله جدا آورده اند: یکی مسئله تعلیق در وقف است و اینکه اگر کسی معلقا بر صفتی یا شرطی وقف کند که در حال حاضر حاصل نیست حال چه متوقع الحصول باشد و چه قطعی الحصول در آینده؛ یا حتی معلق بر امری باشد که الان موجود است حال چه عالم به آن باشد یا نباشد. انواع این تعلیق مسئله ای است که به عنوان اشتراط تنجیز در وقف یا قادحیت تعلیق بر صفت یا شرط نسبت به وقف مطرح است.

این یک مسئله است که البته با یک عنایت و توسعه می توان گفت موارد تعلیق وقف بر یک زمانی که از زمان انشاء فاصله داشته باشد نیز وقف منقطع الاول حساب می شود، چون بین زمان انشاء این وقف تا زمان فعلیت این وقف به حصول شرط یا تحقق آن امر متوقع الحصول فاصله وجود دارد.

مسئله دیگری که در وقف منقطع الاول هست این است که اگر شخصی وقف کند علی من لا یصح الوقف علیه ثم علی من یصح الوقف علیه علی نحو الترتیب، مثلا وقف کند بر عبدش و بعد از انقراض او بر اولاد یا بر فقراء و مساکین. در این صورت قسمت اول این وقف، صحیح نیست ولی قسمت دوم صحیح است. در اینجا وقف، منقطع الاول است. حکم مساله نسبت به قسمت اول روشن است که وقف صحیح نیست اما نسبت به قسمت دوم که وقف علی من یصح است مترتبا بر وقف علی من لا یصح الوقف علیه، محل بحث است که آیا چنین وقفی صحیح است یا نه. آیا وقف بر فقراء و مساکینی که مترتب باشد بر وقف بر خود واقف یا بر عبد صحیح است یا باطل؟ مثلا وقف کند که از ابتدای وقف تا ده سال خودش استفاده کند که این، وقف علی النفس است و باطل است، اما بعد از ده سال وقف کرده مال فقراء و مساکین باشد، بحث این است که در این قسمت اخیر وقف درست است یا نه؟

عموم فقها این دو بحث را جدای از یکدیگر مطرح کرده اند. هرچند معمولاً هر دو را از مصادیق وقف منقطع الاول شمرده اند. منتهی همانطور که جلسه گذشته عرض کردیم مرحوم امام ره به تبع مرحوم سید صاحب وسیله ره وقف قسم اول را که توسط واقف معلق بر یک زمان متأخر شده باشد، وقف منقطع الاول به جعل الواقف شمرده اند و وقفی را که شارع قسمت اولش را صحیح نمی داند مانند وقفی که قسمت اولش بر نفس واقف یا عبد باشد وقف منقطع الاول بجعل الشارع دانسته اند.

عرض کردیم به نظر ما تسامحی در این نحوه بیان هست. منتهی ارزش این را ندارد که بخواهیم تدقیق کنیم و وجه تسامح را روشن کنیم. اگر کسی اهل دقت باشد خودش می فهمد، اینکه وقف در آنجا انقطاعش به جعل الواقف باشد قابل تأمل است، همانطور در قسمت دیگر.

تفکیک حضرت امام ره بین دو قسم از وقف منقطع الاول

درباره متن مرحوم امام بحثهای مختلفی داریم، اول اینکه این دو قسم را از یکدیگر تفکیک کرده اند، مرحوم امام قسم اول را که از قبیل اشتراط تنجیز است در مسئله ۲۴ بحث کرده اند و ما هم به تفصیل بحث خواهیم کرد. عده زیادی به صورت جازمانه، وقف معلق بر امر متوقع الحصول را باطل می دانند ولی حضرت امام می فرمایند بالا احتیاط باطل است. اما در وقف منقطع الاولی که به حکم شارع باطل است چنین احتیاط واجبی نیز ندارند. تنها احتیاط مستحب دارند که نیاز به بحث دارد.

و عجیب است که محشین تحریر اصلاً به ادله بطلان وقف منقطع الاول در این قسم دوم خیلی توجه نکرده اند.

لذا یک وظیفه این است که ببینیم اصلاً چرا حضرت امام دو حکم برای این دو فرع داده اند، در یک جا احتیاطاً گفته اند باطل است و به احتیاطی که لا یترک باید وقف را بعد از انقطاع تجدید کرد اما در فرع دوم که قسمت اول وقف به حکم شارع باطل شده است به احتیاط مستحبی اکتفا می کنند و می فرمایند اظهر این است که این وقف برای قسمت دوم یعنی من یصح علیه الوقف صحیح است، هر چند به احتیاط مستحب صیغه وقف را تجدید کند.

محشین بحث نکرده اند که چرا در قسم دوم گفته اند باطل است و وجه بطلانش چیست. در صورتی که به نظر ما بحث مهمی است. و در کلمات فقهاء وجه قویمی بر بطلان وجود دارد و اتفاقاً وقتی به آن وجه توجه می شود این دو فرع به صورت عجیبی به هم پیوند می خورند، لذا تفکیک اینها هم دشوار می شود. انشاءالله بعد از ذکر ادله به سراغ متن می آییم.

ادله بطلان وقف منقطع الاول

بیان شیخ طوسی بر بطلان و صحت

کلام مرحوم شیخ طوسی در مبسوط در جلسه قبل گذشت. ایشان می گوید مقتضای مذهب این است که وقف منقطع الاول باطل باشد حتی در آن قسمتی که مما یصح الوقف علیه است، لآنکه لا دلیل علیه. منتهی بعدا می فرماید این که بگوئیم صحیح است قوی است به خاطر پذیرش تبعض صفقه. پس به نظر ایشان این بحث دائر مدار بحث تبعض صفقه است.

ما قبلا تبعض صفقه را فی الجمله بحث کردیم، در اینجا به نظر می رسد فراتر از آن باید این ترتب را نیز حل کنیم. در جایی که دو قسمت وقف هم عرض است تنها مساله تبعض صفقه است که آیا وقف بر من یصح در کنار من لا یصح منحل می شود یا نه، که قبلا بحث کردیم. اما اگر اقسام مترتب شد بحث دیگری پیش می آید که صرف پذیرش تبعض صفقه برای حل مسئله کافی نیست. کما اینکه در فرمایش مرحوم علامه خواهد آمد.

استدلال سه شقی مرحوم علامه بر بطلان

بحث ما رسید به فرمایش مرحوم علامه در تذکره. و به لحاظ تاریخی عرض کنم که مهمترین استدلالی که بیان شده است همین استدلال مرحوم علامه است که یک استدلال سه شقی است. بعد از ایشان عمدتا بر همین استدلال اعتماد کرده و آن را ذکر کرده اند. گرچه در تطبیقش گاهی اختلافاتی در کلمات فقهاء دیده می شود اما صورت برهان همان برهان سه شقی مرحوم علامه است. بعدا عبارت ایشان را می خوانیم و می بینم که پیچش هایی در کلام ایشان هست اما اگر بیان ایشان را تلخیص کنیم به نظرم برهان زیبایی است، خصوصا که آن را گره می زند به آن فرع دیگری که در کلام امام و دیگران آمده است.

برهان ایشان این است: فرض کنیم وقفی واقع شد که قسمت اول این وقف به حسب حکم شرع باطل است. فرض کنید وقف بر نفس است می گوید من ده سال خودم از این دار استفاده کنم و بعد از ده سال برای فقراء و مساکین باشد، بنابراینکه وقف بر نفس باطل به اجماع و غیره که خواهد آمد باطل باشد این قسمت از وقف باطل است ولی آیا این وقف نسبت به فقراء و مساکین مترتب بر وقف بر نفس درست است یا خیر؟ بحث بر سر این است.

مرحوم علامه می فرماید در حالی که ما وقف کردیم اگر ما اینطور حساب کنیم که موقوف علیه داریم، چون قسمت اول که باطل است به حکم شرع، یعنی وقف بر نفس که باطل است، پس در قسمت اول که موقوف علیه نداریم، مگر اینکه وقف بر فقراء و مساکین کش پیدا کند بیاید از اول عقد واقع بشود. آنوقت اینجا دو صورت دارد: یا این است که در برهه اول به موازات موقوف علیهی که باطل بوده هیچ موقوف علیهی نباشد. از اول انشاء وقف، وقف باشد، و امضاء هم شده باشد ولی موقوف علیه نداشته باشد، و نسل بعدش عبارت باشد از فقراء و مساکین. اگر این صورت باشد بلاشک باطل است چون وقف بی موقوف علیهم صحیح نیست. وقف مفادی دارد که حتما موقوف علیهم می خواهد، یک چیزی می خواهد که وقف بر او باشد. ماهیت وقف اینچنین است که موقوف علیه می خواهد.

پس یا این است که شما آن وقف صحیح را کش می دهید می آورید تا اول انشاء وقف و آن برهه اول را خالی می گذارید از موقوف علیه. چون آنی که باطل بوده باطل بوده، لذا جایش را خالی می گذارید، می آید به برهه دوم، خب مرحوم علامه سؤال می کند که این قسمت اول چه شد؟ مگر می شود وقف موقوف علیهم نداشته باشد؟ پس اگر مقصودتان این است که وقف موقوف علیهم نداشته باشد که باطل است، یعنی محال است و عقلا باطل است.

اما اگر می گوئید جایش خالی نیست، همان موقوف علیهی که نسل دوم است جای اولی می نشیند و از اول حاکم می شود. یعنی وقتی واقف، عین موقوفه را برای ده سال اول برای خودش قرار داده و بعد از ده سال برای فقراء، بگوئیم نظر واقف بی خود است و از اول این عین موقوفه برای فقراء و مساکین است. این فرض نیز خلاف شرط خود واقف است و از این جهت باطلا است.

پس اگر بگوئیم وقف بی موقوف علیه باشد که این محال است، ولذا از این جهت باطل است. اگر بگوئیم وقف از اول انشاء باشد ولی برای فقراء و مساکین چون شرط واقف نسبت به خودش بی خود است که این هم برخلاف شرط واقف است و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها لذا از این جهت باطل است.

یک شق دیگر این است که نه قسمت اول وقف را از موقوف علیه خالی بدانیم و نه وقف را بیاوریم از اول انشاء عقد تا بگوئیم خلاف شرط واقف است، بلکه از اول وقف برای فقراء و مساکین در برهه خودشان صحیح باشد. یعنی سؤال این است که چه اشکالی دارد انشاء قسمت اول وقف به حکم شرع باطل باشد اما بعد از ده سال برای فقراء و مساکین صحیح باشد؟

ایشان می فرماید این وقف معلق است. و ما قبلاً بحث کردیم که تنجیز، شرط صحت وقف است و این وقف معلق بر ده سال است.

پس استدلال ایشان استدلالی سه شقی است که واقعا درست است.

بله البته عرض کردم در عبارات تذکره یک پیچش هایی وجود دارد، از جمله اینکه ایشان این شق را هم طرح می کند ولی اثری ندارد. و لذا برخی مثل فخر الدین فرزند ایشان در ایضاح الفوائد و دیگران که می خواهند فرمایش علامه را بیاورند اینطور که عرض کردم آن را تلخیص کرده اند. اما در خود تذکره این شق را هم آورده اند که: اگر شما می خواهید بگوئید وقف بر همان نسل اول باشد مانند وقف بر نفس این وقف به اجماع باطل است، پس باید این قش را کنار بگذاریم پس شقوق دیگر همان سه تایی است که عرض کردیم، که یا می شود وقف بی موقوف علیهم، یا می شود وقف بر خلاف شرط واقف و یا می شود وقف مشروط و معلق بر صفة، که در همه صور باطل است.

پس مرحوم علامه می گوید بعد از اینکه وقف بر ما لایصح را به حکم اجماع یا هر چیز دیگری کنار گذاشتیم: «یلزم من هذا الوقف احد امور ثلاثة، إما الوقف بلا موقوف علیهم، و إما الوقف بخلاف شرط الواقف، و إما الوقف المعلق علی الصفة أو الشرط وكلها باطلة».

عبارت مرحوم علامه در تذکره

مرحوم علامه در تذکره بعد از اینکه ظاهراً حرف شیخ ره و دو قول شافعی را می آورند می فرمایند: «والاقوی عندی البطلان، و الا لزم صحة الوقف مع انتفاء موقوف علیه أو وقوع الوقف المعلق علی شرط أو صفة أو عدم جریان الوقف علی حسب ما شرطه الواقف، و اللازم باقسامه باطل و هو ظاهر».

بعد می فرمایند: «وبیان الشرطية أنه حالة الوقف إما أن يكون هناك موقوف علیه أو لا، (یا موقوف علیهی هست یا نیست) والثانی احد الاقسام، (اگر موقوف علیه نباشد یکی از اقسام سه گانه ای است که بالا گفتیم)، والاول (که موقوف علیه داشته باشد) إما أن يحكم بأنه وقف علی من لا یصح الوقف علیه (یعنی موقوف علیه همان کسی باشد که شارع گفته نه، خب اینکه بالاجماع باطل است) أو علی من یصح الوقف علیه (یا نه بگوئیم ما نمی خواهیم بگوئیم آن وقفی که شارع گفته باطل است مثل وقف بر نفس یا عبد و کنیسه و ... آن را که نمی خواهیم بگوئیم هست، ما که می گوئیم موقوف علیهم موجود است این قسم را نمی گوئیم که باطل است. پس کدام را می گوئید؟ می فرماید: فإما أن يحكم بالوقف علیه من حين العقد (یعنی آن وقف باطل که هیچ، آن را که صحیح است بگوید من حين العقد است) و ذلك یخالف لما شرطه

الواقف (واقف آمده وقف بر فقراء و مساکین را بر وقف خودش مترتب کرده است یعنی بعد از انقضاء وقف خودش وقف کرده است لذا اگر این را کش بدهید بیاورید تا اول عقد، این بر خلاف شرط واقف می شود)، لأنه إنما جعله وقفا على البطن الثاني في حال انقراض العبد أو بعد انقراض العبد.

(بعد ایشان شق سوم را می گوید که به نظرم نقصی دارد که باید ببینیم، شق سوم این است که می گوید: و إما أن يحكم بالوقف عليه من حين العقد و إما أن يحكم عليه بعد الانقراض (شاید این بعد الانقراض متعلق همان حالت سوم باشد. خلاصه حکم علیه بعد الانقراض، این می شود وقف معلق بر صفت و شرط)، و هو قول بصحة الوقف المعلق على الشرط (که این هم نادرست است))^۱

این سه شقی است که مرحوم علامه فرموده، و به نظر می آید استدلال متینی است. باید دقت کرد که یک شق ایشان با وقف معلق بر صفت یک مبنا پیدا می کند. یعنی این در ذهن دوستان باشد که بعد که می خواهیم به سراغ تحریر برویم حواسمان جمع باشد که در این استدلال مرحوم علامه یک شق مسئله برمیگردد به همان بحث اشتراط تنجیز و قادحیت تعلیق بر صفت و شرط. این استدلال مرحوم علامه که در کلمات مختلف نیز زیاد تکرار شده است.

اشکال شهید اول در غایة المراد بر فرمایش مرحوم علامه

تنها کسی که ما دیدیم بر این مسئله اشکال کرده است مرحوم شهید اول در غایة المراد است که در شرح نکت ارشاد علامه است. عبارتشان یک قدری دشوار است و ایشان می خواهد از فرمایش مرحوم علامه جواب دهد. می فرماید: «و اجیب بأنا نلتزم أن هناك موقوف عليه (ایشان می گوید ما ملتزم می شویم موقوف علیه هست، که نگوئیم یک برهه ای خالی از هیچ موقوف علیهی باشد، می گوید نه موقوف علیهی هست). ثم إن امکن انقراض الاول اعتبر انقراضه فيكون انقراضه شرطا في تجويز الانتفاع لا في نفوذ الوقف والنماء للواقف أو ورثته كمنقطع الوسط، مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه».^۲

^۱ تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)؛ ص: ۴۳۴

^۲ غایة المراد في شرح نکت الإرشاد؛ ج ۲، ص: ۴۲۷

ایشان می گوید ما ملتزم می شویم به اینکه موقوف علیهم داریم، بعد نگاه می کنیم اگر آن بطن اول امکان انقراض داشته باشد، می گوئیم انقراضش شرط است، منتهی شرط تجویز انتفاع از این وقف است، نه شرط نفوذ وقف. (خب اینکه چرا مرحوم شهید این حرف را می زند را عرض می کنیم).

اما امکان انقراض الاول چیست؟ چون بعدا ایشان گفته است ممکن است مساوات داشته باشد این فرض که امکان انقراض الاول با جائی که لمن لا یمکن انقراضه، این امکان انقراض الاول ولا یمکن انقراض الاول یعنی چه؟

ببینید مثالهایی که برای منقطع الاول آورده اند بعضی از آنها از این سنخ است که اصلا انقراض در آن معنا ندارد. مثلا یکی از آن موارد عبارت است از وقف بر معدوم. خب معدوم نیست، انقراضش معنا ندارد، لا یمکن انقراضه است. یا وقف بر مجهول، در وقف بر مجهول امکان انقراض معنا ندارد. چیز مجهول را ما نمی دانیم چیست. وقتی نمی دانیم چیست یعنی چه که بگوئیم منقرض می شود و بیائیم بر فرض انقراضش وقف کنیم للفقراء والمساکین مثلا؟

پس یک جاهایی لا یمکن الانقراض. یک جاهایی امکان الانقراض، مثل اینکه وقف بر عبدش کند بگوئیم این وقف باطل است، بگوید بعد العبد للفقراء والمساکین. خب عبد یک زمانی می میرد و انقراض العبد معنا دارد. ولو وقف بر او باطل است اما انقراض او معنا دارد.

در من امکان انقراضه، انقراض شرط تجویز انتفاع است نه نفوذ وقف

پس می گوید اولاً موقوف علیهم داریم. خب این موقوف علیهم چه کسانی هستند؟ ثم إن امکان انقراض الاول اعتبار انقراضه، می گوید اگر انقراض فرض داشته باشد ما انقراض را معتبر می دانیم و می گوئیم باید انقراض حاصل بشود. حال اگر معتبر بدانید که می شود شرط؟ ایشان می فرماید نخیر (دوستان عنایت کنند این عبارات ظاهراً برای حل آن است) «فیکون انقراضه شرطاً فی تجویز الانتفاع لا فی نفوذ الوقف». یعنی شرط صحت وقف نیست، وقف منوط به این شرط نیست. خب منوط نیست پس تجویز انتفاع یعنی چه؟ جواب می دهد. به نظر من (حالا خیلی هم جازم نیستم) این شبیه آن تصویر واجب معلقی است که ما در وقف کردیم. ببینید چون شرط تجویز انتفاع است، یعنی در برهه اول تا زمانی که این عبد در حیات است فقراء و مساکین حق انتفاع ندارند، شرط تجویز انتفاع است، اما وقف مشروط نیست. پس باید بگوئیم وقف از حین العقد تعلق به آن امر متأخر پیدا کرده است. چون اگر این را نگوئید و وقف از حالا درست باشد، خب از حالا باید موقوف علیهم استفاده کنند. برای اینکه هم وقف درست باشد و هم انتفاع از زمان وقف نباشد لامحاله باید بگوئیم که وقف از حالا معلق شده به یک امر آینده ای مانند زمان انقراض عبد، بدون اشتراط به انقراض. مثل واجب معلق است.

البته ایشان این را نمی گوید. ولی به نظرم جمع این دو حرف با این پیچشی که در عبارت ایشان هست جمعی به همین تصویر واجب معلقی است. و این بحث مهمی است. من بعدا دیدم که مرحوم صاحب عروه در بحث تنجیز (نه در بحثی که ما انجام دادیم) اتفاقا همان شقوقی را که ما عرض کردیم ایشان هم آورده است، که وقتی وقف منوط می شود و معلق می شود بر یک امری سه جور تصویر دارد، به صورت واجب مشروط به شرط مقارن، مشروط به شرط متأخر و واجب معلقی. البته واجب که می گوئیم تمثیل است، اینجا یعنی وقفش معلق باشد یا وقفش مشروط به شرط متأخر باشد یا وقفش مشروط به نحو مقارن باشد. انشاءالله آنجا این تفصیل را عرض می کنیم.

من عبارت شهید را در غایة المراد اینطور می توانم تصویر کنم. والا اینکه انقراض معتبر باشد (مثلا انقراض عبد)، در نفوذ عقد معتبر نباشد بلکه در تجویز انتفاع معتبر باشد، اینکه این مجموع چطور تصویر می شود به نظرم مثل واجب معلقی باید تصویر کنیم.

تکلیف نماء متوسطه

آنوقت نتیجه اش این می شود که نماء هم برای واقف یا ورثه او است. این وسط نمائی حاصل شده است مثلا فرض کنید انقراض عبد ده سال بعد است، و فرض هم این است که وقف او باطل است لذا او نمی تواند از عین موقوفه بهره ببرد اما وقف نسبت به موقوف علیهم بعد از زمان انقراض عبد یعنی فقراء و مساکین صحیح است، منتهی آنها حق ندارند در این مدت استفاده کنند. پرسش این است که این منافع مال کیست؟ می گوید نمائات مال واقف یا ورثه او است. کمقطع الوسط. مثل منقطع الوسط که اولش وقف درست است و آخرش هم وقف درست است وسطش باطل است، مانند اینکه وقف کند بر اولادش ثم علی الكنيسة ثم علی الفقراء والمساكين. وقف اول و آخرش علی من یصح است، این وسط باطل است که وقف منقطع الوسط می شود. ایشان می گوید مثل آنجا، که آن وسط نمائات مال خود واقف و ورثه اش می شود اینجا نیز به همانها می رسد.

ما انشاءالله جلسه بعد بحث می کنیم، باید عبارات دیگر ایشان را بخوانیم و به هم ضمیمه کنیم ببینیم آیا پاسخ دارد یا نه.

اشکال صاحب جواهر و مسالک به شهید اول

به فرمایش ایشان پاسخ داده اند از جمله صاحب جواهر و شهید ثانی در مسالک، که ببینیم جوابهای این دو بزرگوار درست است یا نه. بعد برگردیم به سراغ تحریر، ببینیم تحریر چه می فرماید و محشین تحریر چه فرمایشی کرده اند. و یک قدری برای من عجیب است که محشین تحریر نیامده اند اصلاً وجه بطلان منقطع الاول را بیان کنند. غیر از بحث تعلیق، این قسم دوم را اصلاً نگفته اند چرا باطل است تا ببینیم اصلاً فرقی با قسم اول چیست. و به نظر من بهترین بیان فرمایش مرحوم علامه است در تذکره که عرض کردیم. البته مرحوم صاحب حدائق هم می گوید وجه ایشان از باب فقدان دلیل بر صحت است، که اگر رسیدیم انشاءالله وجه ایشان را هم عرض می کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- ۴۸۶ خلاصه جلسه قبل
- ۴۸۸ جوابهای مرحوم شهید اول و صاحب عروه از برهان علامه حلی
- ۴۸۹ بررسی کلام شهید اول در رد استدلال علامه.....
- ۴۹۰ اشکال به محال بودن مصدر.....
- ۴۹۱ خلط بحث شرط فاسد با مانحن فیه.....
- ۴۹۱ اشکال مفتاح الکرامه و جواهر به مبنائی بودن نظر شهید اول.....
- ۴۹۲ نقل اشکالی از شهید ثانی توسط صاحب جواهر.....
- ۴۹۲ جواب از صاحب مفتاح الکرامه.....
- ۴۹۳ جواب صاحب عروه از استدلال مرحوم علامه.....
- ۴۹۴ طرح شق موجب تعلیق توسط صاحب عروه و پاسخ به آن.....
- ۴۹۴ صاحب عروه: تعلیق باطل تعلیق در انشاء است نه تعلیق از جهات دیگر مثل حکم شارع به بطلان.....
- ۴۹۴ تنظیم مقام به ثمن و ثمن معینی که از ناحیه تبعض صفقه مجهول می شوند.....
- ۴۹۵ جواب از استدلال صاحب عروه.....
- ۴۹۵ جواب از تنظیم مقام به جهل ناشی از تبعض صفقه.....
- ۴۹۶ اشکال در مبنای صاحب عروه در فرق گذاشتن بین اقسام تعلیق.....
- ۴۹۷ خلاصه اشکال به قسم اول وقف منقطع الاول.....
- ۴۹۷ خلاصه اشکال در قسم دوم وقف منقطع الاول.....
- ۴۹۸ بررسی علت تفریق بین دو قسم توسط حضرت امام ره.....
- ۴۹۹ توجیه بعضی از محشین تحریر در فرق بین دو صورت.....
- ۴۹۹ جواب از توجیه بعض محشین.....

خلاصه جلسه قبل

بحث در وقف منقطع الاول بود که برای این وقف دو قسم بارز وجود دارد گرچه اقسام دیگری نیز متصور است:

یک قسم این است که واقف انشائش را معلق کند بر زمانی که از زمان انشاء فاصله دارد، مانند اینکه بگوید: این عین را وقف می کنم بر موقوف علیهم از ابتدای ماه آینده، که از زمان انشاء تا ابتدای ماه فاصله وجود دارد. در وسیله و تحریر از این قسم تعبیر می کنند به فرضی که انقطاعش به جعل خود واقف است.

قسم دیگر آن است که واقف وقف کند بر چیزی که لا یصح الوقف علیه ثم علی ما یصح. در اینجا هم قطعه اول وقف یعنی از زمان انشاء تا آنجایی که یصح الوقف علیه، به حکم شرع باطل است لذا از این قسم تعبیر می کنند به فرضی که انقطاعش به حکم شارع است.

عرض شد مرحوم امام در تحریر الوسيله در قسم اول که تعلیق در انشاء است احتیاط وجوبی کرده اند به بطلان، بدین معنا که واقف نباید به این انشاء اکتفاء کند. بنابراین اگر می خواهد وقف تمام باشد باید دوباره انشاء وقف را در ابتدای ماه اعاده کند. این احتیاط لزومی است و باید تجدید وقف را انجام دهد چون شبهه این است که وقف درست هم باشد وقتی احتیاط می کنند، بنابراین باید رأس شهر تجدید کند که قطعا وقف واقع شده باشد. اما در قسم دوم که انقطاعش به حکم شارع است می فرمایند قطعه اول این وقف باطل است، چون علی ما لا یصح بوده است. اما قطعه دوم آن که علی ما یصح است صحیح است. ایشان صحت را استظهار کرده اند گرچه احتیاط استحبابی می کنند که در اینجا نیز وقتی مدت مربوط به من لا یصح منقضی شد واقف، انشاء صیغه وقف را تجدید کند.

پرسش این است که فرق این دو چیست؟ چرا در یکی احتیاط، وجوبی است و در دیگری استحبابی؟

قبل از پرداختن به پاسخ این پرسش، عرض می کنیم که برخلاف آنچه در برخی عبارات مانند تحشیه های بر تحریر الوسيله آمده است فقهاء متأخر مثل علامه حلی و فقهاء بعد ایشان معمولاً استدلالی سه شقی را مطرح می کردند و بر اساس آن قائل می شدند وقف نسبت به من یصح نیز باطل است. یعنی لو وقف علی من لا یصح الوقف علیه ثم علی من یصح، بطلان در قسمت من لا یصح که روشن است، بحث در این وقف بر من یصح بعد از وقف بر من لا یصح است، در همینجا هم مشهور، بطلان است. برخلاف آنچه که در وسیله سید ره آمده و امام در تحریر فرموده اند. حتی صاحب مفتاح الکرامه ره می فرماید بعد از شیخ در مبسوط و یحیی بن حلی در الجامع للشرایع دیگر کسی به صحت چنین وقف منقطع الاولی قائل نیست بلکه یا تصریح کرده اند به بطلان و یا سکوت کرده اند. البته در زمانهای اخیر دوباره قول به صحت پیدا شده است.

برهان سه شقی علامه را جلسه گذشته مطرح کردیم و عبارات ایشان را خواندیم. ملخص برهان ایشان این بود وقتی کسی به صورت وقف منقطع الاول قسم ثانی، وقف می کند مثلاً وقف می کند بر خودش برای ده سال و بعد از ده سال بر فقراء و مساکین. مرحوم علامه حلی فرمود که این وقف قسمت اولش باطل است حال یا شما مدعی می شوید که اصل وقف صحیح است ولی فقط نسبت به قسم اول باطل است. یعنی وقف از زمان انشاء، واقع می شود منتهی تا ده سال بدون موقوف علیه می شود.

یا می گوئید وقف از زمان انشاء واقع می شود ولی نه بلا موقوف علیه، بلکه از همین زمان انشاء، وقف برای آن بطن ثانی است به تعلیق بر زمان. یعنی وقتی که ده سال آمد منافع مربوط به بطن ثانی است که این می شود تعلیق و شرط.

فرض سوم نیز این است که بگوئید ولو اینکه آقای واقف گفته است منافع تا ده سال برای خودم و بعد از خودم برای فقهاء و مساکین، ولی ما می گوئیم از حالا که انشاء وقف کرد وقف حاصل است، بی موقوف علیهم هم نیست، تعلیق هم نیست، پس چیست؟ می گوئید از همین حالا برای فقهاء و مساکین است. که در جواب می گویند این خلاف شرط واقف است.

استدلال مرحوم علامه رحمه الله این است که تمام این لوازم باطل است، لذا هیچ کدام از سه فرض صحیح نیست. وقف بی موقوف علیهم که محال است و معنا ندارد. وقف به نحو شرط و تعلیق نیز اجماعاً صحیح نیست، چون تنجیز شرط وقف است. و فرض سوم که بگوئیم از حالا وقف بر فقراء و مساکین است، این هم خلاف شرط واقف است و چنین وقفی درست نیست، {چون العقود تابعة للقصد و} واقف چنین قصدی نکرده است. علاوه بر اینکه قدر متیقن از «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» اینجا است. اگر واقف گفت از ده سال بعد باید از ده سال بعد باشد، نه اینکه علی خلاف میل الواقف از حالا باشد. این ولو محال نیست اما دلیل اثباتی نداریم. پس هر سه تا باطل شد.

جوابهای مرحوم شهید اول و صاحب عروه از برهان علامه حلی

دو نفر از بزرگان به این برهان جواب داده اند: یکی مرحوم شهید است در غایة المراد. گرچه در دروس ظاهراً قائل به بطلان شده است، اما در غایة المراد در این دلیل بطلان تشکیک می کند. البته تصریح نمی کند که این وقف صحیح است یا باطل اما برخی از همین تشکیک، استفاده کرده اند که ایشان مایل به صحت است.

مستشکل بعدی مرحوم صاحب عروه است که ایشان هم به برهان مرحوم علامه جواب می دهد. البته نه در ذیل این بحث، بلکه در بحثی مشابه این با عنوان «لو وقف علی معدوم ثم علی موجود» که خود یکی از موارد منقطع الاول است. در آنجا ایشان این استدلال سه شقی را آورده و جواب می دهد، و قائل به صحت وقف در همان برهه دوم و بطن ثانی می شود.

امروز می خواهیم این دو فرمایش را حل کنیم تا ببینیم نتیجه چه می شود.

بررسی کلام شهید اول در رد استدلال علامه

جلسه گذشته عرض شد که مرحوم شهید می فرماید: ما ملتزم می شویم که موقوف علیه وجود دارد و آن، بطن ثانی هستند. ولی مشکلی که پدید می آید این است که گاهی این وقفها به صورتی است که اصلاً فرض انقراض ندارد. لذا ایشان می گوید اگر امکان اعتبار انقراض نسل اول باشد مانند آن مثال وقف بر نفس برای ده سال ثم علی الفقراء والمساكين، که انقراض وجود دارد و بعد از ده سال قسمت اول وقف منقرض می شود، در این صورت «اعتبر ذلک فی جواز انتفاع البطن الثاني لا فی نفوذ الوقف» این انقراض را ما شرط می کنیم منتهی شرط در تجویز انتفاع است نه شرط در وقف. دیروز عرض شد که مقصود ایشان واضح نیست؛ چه بسا ایشان می خواهد تصویری شبیه واجب معلق ارائه کنند و از حالت اشتراط درآورند تا شرط تنجیز به هم نخورد. شاید غرضشان این باشد نمی دانیم.

بعد اینجا یک جمله معترضه هم می فرمایند که: حالا که انشاء به موقوف علیهم در مقام اتصال به انشاء وقف باطل شد و موقوف علیهم بطن ثانی شدند نمائات در مدت زمان بطن اول، مال واقف یا ورثه واقف است مثلاً در این ده سال مثال بیان شده.

در ادامه می فرمایند: «مع احتمال مساواته لمن لا یمكن انقراضه». ممکن هم هست بگوئیم در جائی که امکان اعتبار الانقراض مثل جائی است که لا یمكن اعتبار الانقراض، «و یقال فیهما»... (در مفتاح الکرامه دارد او یقال... ولی او یقال درست نمی شود، و همین و یقال فیهما که در جواهر نقل کرده اند که ظاهراً عین عبارت غایه المراد را آورده اند درست است)، که بگوئیم احتمال هم می دهیم جائی که امکان اعتبار انقراض الاول مساوی باشد با جائی که لا یمكن الانقراض. لا یمكن الانقراض مثل جائی که وقف کند بر معدومی ثم علی الموجود. معدوم که انقراض ندارد. یا وقف کند بر مجهول و بعد انقراضهم علی الفقراء والمساكين، روشن است که مجهول انقراض ندارد. پس بنابراین ممکن است بگوئیم من امکان اعتبار انقراضه مساوات دارد با لمن لا یمكن انقراضه. در چپ مساوی هستند؟ در اینکه «و یقال فیهما إنه لما كان المصدر به

محالا كان شرط الواقف كلا شرط. اینطور استدلال کنیم که آقای واقف درست است شرط انقراض کرده است و در استدلال سه شقی تان فرمودید شرط واقف را باید ملاحظه و رعایت کنیم، منتهی شرط واقف را در جائی باید رعایت کرد که شرطش محال نباشد و سائغ باشد. اما در اینجا شرطش كلا شرط است،

وقتی بر معدومی وقف کرده که نمی شود بر آن وقف کرد، پس این شرط كلا شرط است. «لما كان المصدّر به (یعنی بطن و قسمت اول وقف) محالا كان شرط الواقف كلا شرط، فلا يلزم بمخالفة محال». وقتی شرطش كلا شرط است از مخالفتش محالی لازم نمی آید. «اتباع شرطه إنما يلزم لو كان سائغا، و بطلان الوقف إنما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه، لكنه موجود قطعا و الواسطة غير صالحة للمانع»^۱.

پس نتیجه فرمایش مرحوم شهید این شد که مرحوم علامه وقف را یا بلا موقوف علیهم دانستند که ایشان می گوید نه وقف موقوف علیهم دارد و موقوف علیهم طبقه ثانی هستند. و یا اشکال کردند که اگر بگوئیم از زمان انشاء وقف، للفقراء و المساکین باشد، تخلف از شرط واقف می شود زیرا او گفت بعد الانقراض للفقراء و المساکین که پاسخ می دهند وقتی می گوئیم بعد الانقراض که بعد الانقراض معنا داشته باشد. در جائی که انقراض در مورد نسل اول محال باشد شرط واقف كلا شرط است زیرا فقط شرط سائغ لزوم اتباع دارد.

بنابراین نتیجه این می شود که علی الظاهر ایشان می خواهد بگوید که وقف از زمان انشاء بر فقراء و مساکین جاری می شود. و اینکه می گوید «و الواسطة غير صالحة للمانع» ظاهرا مقصود این است که این وسط که باطل شد، صالح برای مانعیت از صحت وقف قسمت دوم نیست.

اشکال به محال بودن مصدر

مسئله ای که اینجا جدای از اشکالاتی که کرده اند وجود دارد این است که: شما می گوئید که جائی که بتوان اعتبار انقراض کرد ممکن است بگوئیم با لا یمكن الانقراض همسان می شود چون مصدر محال است. اشکال این است که در این

۱ غایة المراد في شرح نکت الإرشاد؛ ج ۲، ص: ۴۲۷

مثالی که ما بیان کردیم چطور مصدر محال است؟ اینکه بگوئیم وقف کرده ده سال برای خودش ثم برای غیرش، این چه محالیتی دارد؟.

بله در معدوم یا مجهول ممکن است شما بگوئید محال است، که آن هم قابل بحث است، اما در اکثر مواردی که وقف علی من لا یصح کرده، مثلاً وقف علی الكنیه کرده ثم علی الفقراء والمساکین، یا وقف بر عبد خودش کرده ثم بعد انقراضه علی الفقراء والمساکین، خب بالاخره این عبد از دنیا می رود. بنابراین کثیری از موارد منقطع الاول فرض انقراض دارد، و محال هم نیست، محال نیست باطل است. پس اینکه می گوید مصدر محال است و شرطش کلاً شرط است، این اول کلام است.

خلط بحث شرط فاسد با مانحن فیه

بله ممکن است شما بگوئید چون شرط فاسد است این رعایت نمی شود. ولی می گوئیم این دیگر خلط بحث است زیرا شرط فاسد لزوم رعایت ندارد اما در مقام چه چیزی فاسد است؟ اینکه وقف کرده تا ده سال برای خودش باشد باطل است، اما اینکه گفته بعد از ده سال برای دیگری باشد که باطل نیست. اینکه شرط کند تا ده سال خودش استفاده کند باطل است و مانند این است که از اول بگوئید من وقف می کنم برای بعد از ده سال، که اشکال اشتراط و تعلیق پیش می آید. پس این فرمایش ایشان که گوئی هر دو شق را حل کرده، به نظر نمی آید درست باشد.

اشکال مفتاح الکرامه و جواهر به مبنائی بودن نظر شهید اول

اشکال دیگری که هم صاحب مفتاح الکرامه و هم صاحب جواهر بیان کرده اند این است که فرمایش شهید مبتنی بر این است که شرط فاسد مفسد نباشد. و گرنه اگر واقعی انجام شده که مصدر به شرط فاسدی است ولو از باب محالیت، این شرط مفسد وقف است. البته ما که شرط فاسد را مفسد نمی دانیم، ولی ظاهراً صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه شرط فاسد را مفسد می دانند، لذا می گویند حرف ایشان مبتنی بر عدم مفسدیت شرط فاسد است.

صاحب جواهر می فرماید: «وفیه مضافاً الی ما عرفت أنه مبنی علی عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الذی قد تقدم الکلام فیه فی محله»

نقل اشکالی از شهید ثانی توسط صاحب جواهر

در ادامه عبارت قبل، صاحب جواهر می فرمایند: «بل فی المسالک أنه مناف ایضا لاعتبار اخراج الواقف نفسه عن الوقف».^۱

ایشان از مسالک اشکال دیگری نقل می کنند و آن اینکه مرحوم شهید اول فرمود در فاصله انشاء تا نسل دوم نمائات مال واقف یا ورثه واقف است و لازمه این امر این است که قائل باشیم به صحت وقف علی النفس و عدم اخراج وقف از نفس در صورتی که هم روایت داریم بر بطلان آن و هم تقریبا اجماع بر بطلان وجود دارد لذا این اشکال نیز پیش می آید. صاحب جواهر از این اشکال مسالک جواب نمی دهد اما صاحب مفتاح الکرامه می گوید مگر اینکه جواب دهیم در اینجا آقای واقف خودش که شرط نکرده است که به من بدهید، بلکه حسب استنباط فقهاء، حکم شرعی این است که النمائات للواقف أو وارثه.

جواب از صاحب مفتاح الکرامه

منتهی این اشکال جواب دارد، کما اینکه در جواب مرحوم سید عرض می کنیم که واقف علی القاعده باید مسائل را بداند، اگر بر مسائل شرعی مطلع باشد می داند وقفی که اولش مصدر به چیزی است که باطل است با بطلانش نماء به خودش می رسد. پس دارد وقفی می کند که به نحوی وقف علی النفس است. درست است که عنوانش این نیست که وقفت علی نفسی، ولی وقتی مساله را می داند، می داند دارد وقفی می کند که نتیجه اش این است که نمائاتش به خودش بر می گردد.

بله ممکن است بگوئید وقتی اطلاع نداشته باشد به این حکم شرعی که نمائات به واقف یا ورثه اش بر می گردد، در واقع واقف شرط نکرده است که منافع به خودش بازگردد. ولی در جائی که اطلاع دارد شبیه به همین است و علی الظاهر فرقی نمی کند.

این فرمایش این بزرگواران در جواب مرحوم شهید اول از برهان علامه و لذا به نظر می آید جواب ایشان به خاطر همان دو نکته ای که ذکر شد صحیح نیست.

۱ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۲۹

جواب صاحب عروه از استدلال مرحوم علامه

مرحوم صاحب عروه به صورت دیگری جواب می دهد. مرحوم شهید اول راجع به آن تعلیقی که در کلام مرحوم علامه بود چیزی نمی گوید، در فرضی که مقصود، صحت وقف بعد از ده سال باشد موجب تعلیق است. ما عرض کردیم که از ذیل کلام ایشان که می گوید شرط آقای واقف کلا شرط است و شرطش زمانی لزوم رعایت دارد که سائغ باشد، شاید بشود فهمید که مقصود ایشان کش دادن بطن ثانی است به اول. چون با شرط واقف بود که ما می خواستیم ده سال صبر کنیم و به نسل دوم بدهیم. شما می گوئید این شرط کلا شرط است و این شرط سائغ نیست، پس باید بگوئیم از زمان انشاء وقف للفقراء والمساکین است.

منتهی این با آن حرف اولشان جور نمی آید که می گوید والنماء حیثند للواقف أو ورثته. این با آن حرف جور در نمی آید. مگر اینکه بگوئیم این دومی یک تصویر دیگری است، چون گفته اند یحتمل مساوات جائی که امکان اعتبار الانقراض با جائی که لا یمکن اعتبار الانقراض، امکان مساوات اینها. در آن امکان المساوات این را فرموده اند. یعنی تصویر دیگری است برای هر دو تا، چه آنهایی که یمکن اعتبار الانقراض و چه آنهایی که لا یمکن اعتبار الانقراض. این تصویر دیگری است غیر از تصویر اول. در هر حال به نظر می آید در هر دو شق فرمایش ایشان اشکال هست و نمی شود با آن موافقت کرد.

مرحوم سید رفته جای دیگری. باز تکرار می کنم، مرحوم شهید راجع به تعلیق چیزی نگفت، خب یک شقش تعلیق است، اگر شما نیاورید وقف را از اول باید بگوئید پس وقف قسمت اولش باطل است ده سال به بعدش صحیح است. خب این می شود تعلیق. مگر اینکه تعلیق را یک جوری حل کنید. یکی از شقوق سه گانه در کلام علامه تعلیق بود که می گفت باطل است چون خلاف تنجیز است، ایشان سکوت کرده و هیچ متعرض نشده است. خب این مسئله مهمی است و شما باید این را هم حل می کردید. مرحوم صاحب عروه می آید سراغ این تعلیق، می گوید ما می گوئیم اصلا تعلیق اینجا اشکال ندارد.

طرح شق موجب تعلیق توسط صاحب عروه و پاسخ به آن

ایشان می گوید: «استدل للمشهور القائلين بالبطلان (این را هم دوستان توجه کنند که بطلان قول مشهور است، مکرر این را گفته اند، و لازم آن حرفی که از مفتاح الکرامة نقل کردیم همین می شود) بأن اللازم من الحكم بالصحة احد المحاذير الثلاثة» که همان سه محذوری بود که گفتیم دیگر تکرار نمی کنیم. بعد جواب می دهند: «إنا نختار الوجه الثاني» که تعلیق باشد. می گویند اصلاً لازم نیست که ما وقف را بیاوریم تا اول انشاء تا بگوئید این خلاف شرط وقف است، لازم هم نیست بگوئیم بلا موقوف علیهم است، موقوف علیهم بطن ثانی اند معلق به آمدن ابتدای ماه. این چه اشکالی دارد.

می فرماید: «والجواب إنا نختار الوجه الثاني و لا محذور فيه، إذ التعليق و تأخر اثر السبب إنما يضر إذا كان الانشاء كذلك، و أما إذا لم من جهة بطلان الوقف بالنسبة الى البعض فلا مانع منه»^۱.

صاحب عروه: تعلیق باطل تعلیق در انشاء است نه تعلیق از جهات دیگر مثل حکم شارع به بطلان

ایشان می فرماید تعلیقی که اشکال دارد این است که انشاء معلق باشد. اگر از اول معلقاً انشاء کند و مثلاً بگوید وقف است إذا جاء رأس السنة یا رأس الشهر، که انشاء را معلق کرده است، این اشکال دارد. اما اگر تعلیق نه از ناحیه انشاء بلکه از باب حکم شارع به بطلان پدید آید اشکالی ندارد.

تنظیر مقام به ثمن و مثن معینی که از ناحیه تبعض صفقه مجهول می شوند

ایشان می گوید نظیر این امر در معاملات وجود دارد مثلاً فقها جهل به ثمن و مثن در بیع را اشکال می کنند لذا ثمن و مثن باید معین باشند، اما امری که اشکال می کنند این است که ثمن و مثن حین انشاء بیع مجهول باشد اما اگر جهل به ثمن و مثن ناشی از انشاء و کیفیت انشاء و حین انشاء نباشد بلکه ناشی از تبعض صفقه باشد. مثلاً بایع دو شیء را با هم فروخت و ثمن این دو با هم معلوم است مثلاً دو کتاب را فروخته که ثمن مجموع صد هزار تومان است، بعد از معامله معلوم شد یکی از این دو کتاب ملک دیگری است، عقد نسبت به کتابی که ملک بایع نیست باطل می شود و در فرضی که مقصود بایع و مشتری انحلال باشد بیع به تبعض صفقه صحیح می شود - البته خیار پیدا می شود که بحث دیگری

۱ تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۱۱

است و فعلا مربوط به بحث نیست. - حال که تبعض صفقه شد ممکن است قیمت دو کتاب مانند هم نباشد تا ثمن هم معلوم باشد. لذا ممکن است جهل به ثمن پدید آید، که این جهل را مبطل نمی دانند. این استدلال ایشان است.

جواب از استدلال صاحب عروه

به نظر ما این استدلال درست نیست.

جواب از تنظیر مقام به جهل ناشی از تبعض صفقه

نسبت به تنظیری که کرده اند باید تأمل بیشتری کرد. در تنظیر هم ممکن است کسی همین را بگوید، بگوید اگر ما قائل به تبعض صفقه شویم لبا مانند این است که عقد منحل شود. لذا عده ای مانند صاحب ریاض می گویند عقد منحل نمی شود ایشان می فرماید عقد تبعیض نمی شود و لذا وقف منقطع الاول باطل است. چون قسمتی از آن باطل است همه اش باطل می شود چون تبعیض بردار نیست. اگر این را نگفتیم و گفتیم عقد تبعیض می شود، عقد مگر چیست؟ عقد همان انشاء است. یعنی لبا بالتحلیل العقلی انشاء تملیک العین بعوض شده، در موارد تعدد مبیع لبا انشاء تملیک هذا بعوض و هذا بعوض است. گرچه یک عبارت بکار برده است ولی کسانی که می گویند تبعض صفقه می شود تبعض صفقه مقصود این نیست که در جابجایی دست تبعض می شود، بلکه مقصود این است که در خود انشاء لبا انحلال رخ می دهد و همانطور که در عبارات قوم هست گوئی دو بیع مستقل واقع شده است، یعنی اراده بایع به تملیک هذا الكتاب بذاک الثمن و هذا الكتاب بذاک الثمن تعلق گرفته است و دو تا اراده ها مختلف است، اینطور نیست که یکی مقید به دیگری باشد. چون ظهور حال این است.

اما اگر در جائی به قرینه یا بالتصریح احراز کردیم که بایع دو تا کتاب را با هم فروخته است و قصد برای فروش تک تکش ندارد. در اینجا اصلا تبعض صفقه ای هم در کار نیست و عقد هم متبعض نمی شود لذا باطل می شود.

اگر قسمی از آن بیع علی ما لا یصح بیعه باشد مثل بیع خمیری که به کتاب ضمیمه کند. اگر بدانیم دارد این دو را با هم می فروشد و قصدش هم تقیید است در اینجا تبعیض در عقد نمی شود.

نتیجه اینکه کسانی که این وقف را تصحیح کرده اند برای تصحیح نیاز به تبعض صفقه دارند منتهی نتیجه تبعض صفقه لبا تبعض انشاء است. تبعض به این معنا که گوئی انشاء منحل شده است به دو انشاء. پس اینکه صاحب عروه می فرماید لا محذور فیه چون محذور در جائی است که تعلیق در انشاء باشد، خب اینجا هم لبا تعلیق در انشاء است. چون لبا

شما اینطور گفتید که وقفت علی نفسی عشر سنوات ثم بعده وقفت علی الفقراء والمساكين. لبش این است. خب این با تعلیق حین الانشاء فرقی نمی کند.

این یک اشکال به مرحوم صاحب عروه است.

اشکال در مبنای صاحب عروه در فرق گذاشتن بین اقسام تعلیق

اشکال دوم اینکه: اصلاً ما مبنا را قبول نداریم. عمده دلیل در تنجیز که خواهد آمد اجماع است. و اجماع روی عنوان انشاء نرفته است. من دوباره مراجعه کردم، چون همینطور در ذهنم بود که آقایان می گویند در وقف تنجیز لازم است، نگفته اند در انشاء وقف تنجیز لازم است. یا گفته اند وقف علی صفة باطل یا گفته اند وقف علی شرط باطل نگفته اند که انشاء الوقف علی صفة باطل. و دوباره هم که مراجعه کردم دیدم همینطور است. مثلاً عبارت مفتاح الکرامة اینطور است، در متن قواعد می گوید: و یشرط تنجیزه (تنجیز وقف) كما فی الشرايع و النافع و التذکرة و التحریر و الارشاد و التبصرة و الايضاح فیما یأتی فی اثناء کلام له و الدروس و اللمعة و المذهب البارع، تا می آید اینجا که فرموده در وسیلة آمده: و لا یجوز أن یقول إذا جاء رأس الشهر وقف علی فلان (این می شود معنایش این باشد که انشاء وقف توأم شده، می شود خود وقف باشد، بحث خود وقف است که معلق باشد)، و فی التحریر إذا علق الوقف علی شرط أو صفة (نگفته انشاء وقف را معلق کرده باشد) لم ینعقد و کان باطلا، و لا نعلم فیہ خلافا (در تحریر مرحوم علامه می فرماید در همین ما خلافی ندیدیم که کسی غیر از این را بگوید. البته نه اینکه اجماعی است ولی خلافی نقل نشده است)، و فی المسالك أن اشتراط تنجیزه (ظاهراً تنجیز وقف است) مطلقاً موضع وفاق، و فی الکفایة و المفاتیح أنه لا خلاف فی اشتراط التنجیز (ظاهراً یعنی اشتراط تنجیز در وقف) الا إذا علق بما وقع و هو عالم بوقوعه.^۱ (مگر در جائی که تعلیق بر واقع کند و عالم هم باشد به وقوعش). و همینطور تا آخر عبارات همینطور است.

۱ مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۴۴۹، ۴۵۰

پس ایشان از کجا فرموده اند که بطلان تعلیق مربوط است به اینکه انشاء تعلیق شده باشد، اما اگر تعلیق از یک جای دیگر پدید بیاید اشکال ندارد. چه کسی این را گفته است؟ عباراتی که از مجمعی در بحث تنجیز آمده است این است. پس فرمایش ایشان از دو جهت اشکال دارد.

خلاصه اشکال به قسم اول وقف منقطع الاول

نتیجه بحث ما این است که: وقف منقطع الاول دو قسم دارد، یک قسمش عبارت است از انشاء معلق بر یک زمان، مشهور بطلان این فرض است بلکه نقل الاجماع علیه و قد حصله بعضهم مثل صاحب جواهر ومفتاح الکرامه می گویند اجماع محصلا و منقولا وجود دارد بر اینکه تعلیق در وقف و در انشاء وقف مبطل است. این قسم اول که بحث تنجیز است و می آید. البته آنجا برخی تشکیک کرده اند در وجود اجماع که به نظرم حرف درستی نیست و مرحوم شیخ و اینها هم در بیع به اجماع تمسک کرده اند. منتهی برخی دیگر اشکالشان این است که این محتمل المدرکی است ولذا حجیت ندارد. که انشاءالله به آن می رسیم، هم مرحوم آخوند در حاشیه مکاسب این اشکال را کرده و ظاهرا اینجا هم این حرف را دارد و هم مرحوم سید تشکیک می کند. می گوید اگر تم الاجماع فهو، بعد هم مستبعد می داند که یک اجماع غیر مدرکی در کار باشد. می فرماید مثل این ادله نادرست که گفته اند تعلیق انشاء محال است را آورده اند، پس ما دلیلی نداریم که اجماع تام العیار و حجتی داشته باشیم. در هر حال اینها اشکال کرده اند، ولی احتیاط می کنند.

مرحوم سید احتیاط می کنند. در متن تحریر هم مرحوم امام احتیاط کرده اند، گرچه برخی از محشین ایشان سفت و محکم فرموده اند اشکالی ندارد، چون تنجیز را لازم نمی دانند. ولی انشاءالله در بحث تنجیز عرض خواهیم کرد که تنجیز لازم است و تعلیق اشکال دارد.

پس یک قسمش این است، و آنوقت مرحوم امام احتیاط واجب کرده اند.

خلاصه اشکال در قسم دوم وقف منقطع الاول

قسم دیگرش همانطور که اول جلسه عرض کردیم این است که به حکم شارع باطل باشد.

در این قسم مرحوم امام می فرماید وقف صحیح است و احتیاط مستحبی کرده اند که صیغه عقد را اعاده کند. آنوقت وقف منقطع الوسط را هم می گویند مثل همین است که توضیحش را خواهیم داد.

ما بحث کردیم که به نظر ما حسب استدلالی که مرحوم علامه می کند و دیگران هم تا زمانهای اخیر پذیرفته اند که استدلال درستی است و شق مهمش که ظاهراً مقصود استدلال است ملازم با تعلیق است لذا وقف باطل است. ما چون این استدلال را قبول داریم، همانطور که نظر مشهور فقهاء بطلان است نظر ما هم بطلان است. یک مسئله در فرمایش امام وجود دارد که تفصیل ایشان بین دو قسم است که به استدلالی که بیان کردیم تفصیل ایشان نادرست است.

بررسی علت تفریق بین دو قسم توسط حضرت امام ره

یک اشکال دیگر این است که فرق بین قسم اول منقطع الاول و قسم دوم چیست که در اولی امام ره احتیاط واجب می کند و در دومی احتیاط مستحب می کند؟ چرا؟

محشین تحریر الوسيله دو جور گفته اند. یکی از عبارات که به نظر محصلی ندارد و اشتباهش واضح است این است که فرموده اند: در صورت ثانی استظهر المصنف الصحة بالنسبة الى ما یصح و البطلان فیما لا یصح و عدم الحاجة الى تجديد الصیغة و احتاط الماتن فی ذیل المسئلة بتجديد الصیغة و لکنه احتیاط غیر واجب.^۱

ما دنبال فرق این دو صورت هستیم، پیش ما فرقش روشن است، چون مبنای یک صورت بطلان تعلیق است بالاجماع، و مبنای صورت دیگر استدلال سه شقی مرحوم علامه است که باز شق اصلی اش همین تعلیق است. به نظر ما دو شق در ریشه به هم پیوند می خورند و یک دلیل هم بر بطلان هر دو هست که تعلیق است. اما امام ره قاعدتاً اینطور تصویر نکرده اند، محشین می خواهند توجیه کنند که چرا اینطور نیست.

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، ، صفحہ: ۶۷

توجیه بعضی از محشین تحریر در فرق بین دو صورت

یکی از بزرگواران فرموده است: «والفرق بین الصورتین هو وجود الشهرة بین الفقهاء علی بطلان العقد المعلق وهو موجود فی القسم الاول من منقطع الاول دون الثانی منه».^۱

این عبارت که فرق ناشی از این است که در صورت اول شهرت بین فقهاء هست در بطلان عقد معلق. خب اینکه درست بلکه اجماع است. و هو موجود فی القسم الاول من منقطع الاول (این تعلیق در قسم اول است چون انشائش معلق است) دون الثانی منه.

جواب از توجیه بعض محشین

این «و هو موجود» را به چه برگردانیم؟ آیا یعنی آن شهرت موجود است در صورت اول دون الثانی منه؟ این درست نیست، چون در قسم ثانی هم الان دیدیم حتی مثل صاحب عروه که قسم ثانی را صحیح می داند می گوید والمشهور بطلانه، مشهور بطلان قسم ثانی است. مفتاح الکرامة و دیگران هم همه گفته اند مشهور بطلان قسم ثانی (من یصح) است. بلکه بالاتر بعد از شیخ طوسی و یحیی بن سعید صاحب الجامع للشرایع ما کسی نداریم که تصریح کرده باشد به صحت منقطع الاول در آن قسمت ثانی. بلکه قسمت اول که واضح البطلان است چون فرض این است که من لا یصح است، و قسمت دوم هم که یصح الوقف علیه است بخاطر انقطاع گفته اند وقف باطل است. یعنی شهرت بلکه بیش از شهرت وجود دارد بر بطلان دوم.

پس اگر مقصود این عالم بزرگوار که اینطور می خواهند توجیه کنند که والفرق بین الصورتین هو وجود الشهرة بین الفقهاء علی بطلان العقد المعلق و هو موجود یعنی این شهرت موجود فی القسم الاول من المنقطع الاول دون الثانی منه، که در دومی شهرت نیست، می گوئیم این اشتباه است و در دومی هم شهرت است.

حالا ممکن است و هو موجود به تعلیق برگردد. البته این مستبعدتر است، اظهارش همان فهم اول است که هر دو به وجود الشهرة بخورد. حالا اگر ضمیر را به تعلیق بنیم، بگوئیم مقصود ایشان این است که در قسم اول تعلیق است و هو موجود یعنی تعلیق موجود است در قسم اول و مشهور فقهاء است که این باطل است، دون الثانی که بگوئیم در دومی

۱ أحكام الوقف فی الشریعة الإسلامية الغراء، ، صفحہ: ۶۷

تعليق نیست. بگوئیم اینطوری است و مستبعدا معنا کنیم شبیه آنچه که صاحب عروه فرموده است که این از آن تعلیقه‌های مبطل نیست. تعلیق مبطل عبارت است از اینکه انشاء همراهش باشد و تعلیق در انشاء باشد و انشاء معلق باشد اما اگر تعلیق از جای دیگر آمد اشکال ندارد. حالا اینها در عبارت نیست، می‌گوییم لعل مقصود این باشد که و هو موجود فی القسم الاول یعنی تعلیق در قسم اول منقطع الاول هست در قسم دوم تعلیق نیست.

اگر این باشد این هم درست نیست. چون ما بحث مفصل کردیم بیانات فقهاء را نشان دادیم عمده اش هم تعلیق است. یعنی سه شقی که مرحوم علامه درست می‌کند شق اصلی اش تعلیق است که متصورتر است که ما بگوئیم در وقف منقطع الاول اگر مثلاً وقف کرد بر نفس خودش ده سال ثم علی الفقراء والمساکین، این وقف مانند آن وقف اذا جاء رأس السنة است می‌گوید اگر ده سال گذشت وقف بر فقراء و مساکین است، آن قسمت اولش که باطل است، دومی اش می‌شود تعلیق، خب همین را گفته اند اشکال دارد دیگر.

پس اگر مقصود تعلیق هم باشد که بگوئید در اولی تعلیق است و در دومی نیست این هم نادرست است.

نتیجه این است که شما خواستید بین صورتین فرق بگذارید. اگر بازگشت فرق این است که در یکجا شهرت فقهاء هست بر بطلان و در یکجای دیگر نیست، حرفتان ناصحیح است به شهادت عباراتی که خواندیم. سید تصریح می‌کند و المشهور البطلان. منتهی سید که متأخر المتأخر المتأخرین است، مثل قدیمتری‌ها از مسالک و دیگران همه تصریح فرموده اند که مشهور فقهاء همین است که این باطل است اگر نگوئیم چیزی شبه اجماع وجود دارد. چون فقط دو نفر مخالفت کرده اند: یکی مرحوم شیخ طوسی و یکی مرحوم یحیی بن سعید. تازه مرحوم شیخ طوسی هم یک حرفی می‌زند که مثل مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید از خود این هم بوی اجماع در می‌آید، می‌گوید: و الذی یقتضی مذهبنا البطلان. منتهی بعدا ایشان رفته یک قولی را از ناس یعنی عامه آورده وجهش را هم تبعیض صفقه گفته، گفته و هذا قوی لو قال به احد لا اشکال فیه. یعنی گوئی ایشان دارد یک اجماعی را خرق می‌کند. که می‌گوید یقتضی مذهبنا البطلان.

پس یک همچنین قول به بطلانی در میان فقهاء جاری بوده است.

پس اگر تفریق بین صورتین از باب قیام شهرت فقهاء است، در هر دو هست، و اگر مقصود تعلیق است باز در هر دو هست.

یک بیانی هم عرض می کنم مرحوم آیت الله فاضل دارد که بماند برای جلسه بعد، چون بیان ایشان یک قدری بحث دارد. البته بیان ایشان فرق می کند در تفکیک ولی به نظرم بیان ایشان هم نادرست است. چون بحث منقطع الوسط هم مانده انشاءالله جلسه بعد مطرح می کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- ۵۰۲..... خلاصه جلسه قبل
- ۵۰۴..... بیان مرحوم آیت الله فاضل در فرق بین دو قسم منقطع الاول
- ۵۰۵..... دو اشکال به بیان مرحوم آقای فاضل.....
- ۵۰۵..... اشکال اول: بیان ایشان اخصی از مدعاست.....
- ۵۰۷..... اشکال دوم: تبعیض در وقف اول کلام است.....
- ۵۰۸..... تبعیض و انحلال باید احراز شود و الا خلاف ظهور عقد در وحدانی بودن است.....
- ۵۰۸..... اشکال مرحوم شیخ به انحلالیت در صورت عدم احراز.....
- ۵۰۹..... خلاصه بحث در منقطع الاول (عدم صحت وقف منقطع الاول بکلا قسمیه)
- ۵۰۹..... ترتب اثر جامع بین وقف و حبس.....
- ۵۰۹..... دلیل دوم بر عدم تمامیت وقف منقطع الاول: تعلیقی بودن آن.....
- ۵۱۰..... قول به بطلان هر دو قسم وقف منقطع الاول در بیان بعضی از مراجع کنونی.....
- ۵۱۰..... وقف منقطع الوسط.....
- ۵۱۱..... حکم وقف منقطع الوسط.....
- ۵۱۱..... باطل است چون از صغریات فرع منقطع الاول و منقطع الآخر است.....
- ۵۱۱..... متن امام ره.....
- ۵۱۲..... زمان صحت وقف منقطع الاول بنابر قول به صحت آن.....
- ۵۱۲..... مسئله بیست و یک: وقف به شرط عود عند الحاجة.....
- ۵۱۲..... متن مسئله ۲۱.....
- ۵۱۳..... اقوال در مسئله.....

خلاصه جلسه قبل

بحث در مسئله بیستم تحریر در وقف منقطع الاول بود، اصول بحث گذشت. در متن تحریر دو مصداق برای وقف منقطع الاول ذکر شده بود: یکی وقفی که انقطاعش به جعل خود واقف باشد، مثل اینکه به صورت معلق وقف کند که اگر

سر ماه رسید خانه من وقف باشد. و مصداق دومی در جائی است که انقطاع وقف به حکم شرع باشد، مثل اینکه وقف کند بر چیزی که لایصح الوقف علیه شرعا و بعد از آن وقف کند بر چیزی که یصح الوقف علیه شرعا.

در متن فرمودند که قسم اول به احتیاط واجب باطل است، و احوط این است که بعد از رسیدن وقت، تعلیق یعنی سر ماه وقف را تجدید کند. ولی احوط بطلان است. وجه این احتیاط نیز علی القاعده این است که مشهور وقف معلق را باطل می دانند لذا برای اینکه مخالفت مشهور نشود قائل به احتیاط در بطلان شده اند. اما در قسم دوم ایشان چنین احتیاطی نکرده اند، بلکه احتیاط مستحبی کرده اند که عقد را تجدید کنند، اما صحت را اظهر دانسته اند؛ الظاهر صحته بالنسبة الی من یصح. چون نسبت به قسمتی که لا یصح علیه الوقف که واضح است وقف باطل است اما نسبت به من یصح گفته اند الظاهر صحته، بعد هم احتیاط مستحب کرده اند که صیغه تجدید کنند.

عرض کردیم که تفریق این دو فرع، قدری دشوار است. جلسه گذشته بیانی را از برخی از فقهاء معاصر خواندیم که فرموده اند فرق بین دو صورت این است که در صورت اول شهرت بین فقهاء وجود دارد که عقد معلق باطل است، و بعد فرمودند «و هو موجود فی القسم الاول من منقطع الاول دون الثانی منه».

عرض کردیم ضمیر «هو» اگر به شهرت برگردد (البته شهرت مؤنث است ولی عود ضمیر به این صورت عیبی ندارد)، می خواهند بگویند در قسم اول وقف منقطع الاول که همان تعلیق است، بین فقهاء شهرت فتوائی وجود دارد که عقد باطل است، ولی در قسم دوم چنین شهرتی نیست. اگر این باشد که این حرف درست نیست، چون در قسم دوم نیز شهرت فتوائی بر بطلان هست. در همان مصداقی نیز که انقطاعش به جعل شارع است نسبت به قسمت بعدش که من یصح الوقف علیه است اکثر فقهاء وقف را باطل دانسته اند. پس شهرت در اینجا نیز وجود دارد.

اگر مقصود از ضمیر در «و هو موجود» تعلیق است، یعنی معیار تعلیق است، لذا در قسم اول چون تعلیق وجود دارد و فقهاء تعلیق را باطل می دانند، حضرت امام ره برای اینکه خلاف نظر فقهاء عمل نکرده باشند احتیاطا حکم به بطلان می کنند، اما در قسم دوم تعلیق وجود ندارد لذا حکم به بطلان نکرده اند.

اگر مقصود این باشد باز حرف درستی نیست. چون دیدیم عمده برهان درباره قسم دوم یک برهان سه شقی است که شق مهمش که عمدتا مد نظر است همان شقی است که موجب تعلیق است. یعنی لا اقل نظر فقهاء این است که این تعلیق است. بنابراین قسم دوم انقطاع با قسم اول انقطاع بنابر هر دو احتمال در عبارت ایشان تفاوتی ندارند و تفکیک بین دو قسم منقطع الاول به نظر با این بیان ناتمام است.

بیان مرحوم آیت الله فاضل در فرق بین دو قسم منقطع الاول

مرحوم آیت الله فاضل در تفصیل الشریعة بیان دیگری دارند. ظاهر عبارات ایشان (تعبیر می کنم به «ظاهر» چون احتمال می دهم اشکال عبارتی نیز وجود داشته باشد) این است که در قسم اول قد یتفق که اصلا نیت وقف از واقف حاصل نمی شود. چون می خواهد به انشاء خودش وقف معلق کند که می داند این وقف صحیح نیست. و چگونه قصد وقف از او متمشی شود با اینکه می داند وقف معلق بر سر ماه باطل است؟

اشکال ایشان آنطور که من می فهمم این است که می خواهند در تمشی قصد در قسم اول اشکال کنند. بر خلاف قسم دوم، که وقف دو تکه است و تبعض در عقد است. قسمت اولش باطل است به حکم شرع و لازم نیست که تمشی قصد نسبت به این قسمت باطل شود. بحث الان در قسمت صحیح آن است یعنی جائی که وقف بر من یصح الوقف علیه می شود. مثلا اول وقف می کند بر خودش برای ده سال، بعد از ده سال می گوید برای فقراء و مساکین. بحث سر این است که وقف علی الفقراء و المساکین بعد از ده سالی که وقف بر خودش بود صحیح است یا نه؟ ایشان می فرماید اشکالی ندارد چون تبعض و تبعیض ممکن است، و دلیلی هم بر این نداریم که اتصال و به تعبیر ایشان ارتباط بین دو وقف یعنی وقف بر بطن اول و دوم یا نسل اول و دوم وجود داشته باشد، بنابراین آنچه انشاء کرده وقفی است که آن را قصد کرده و مانعی نیز از قصدش وجود ندارد؛ ادله امضاء نیز آن را شامل می شود لذا صحیح است.

ایشان می فرماید: «والوجه فی التفصیل أنه ربما لا یکاد أن یجتمع الوقف مع العلم باستناد الانقطاع الی جعله کما فی مثال الشهر المزبور، فالاحوط عند ارادة الوقف تجدید الصیغة عند مجيء رأس الشهر المزبور». عبارت را ببینید می فرماید: والوجه فی التفصیل أنه ربما لا یکاد أن یجتمع الوقف مع العلم باستناد الانقطاع الی جعله، من فکر می کنم مقصود ایشان لا یکاد أن یجتمع نية الوقف و قصد الوقف مع العلم باستناد الانقطاع الی جعله باشد، یعنی واقف وقتی علم دارد به اینکه این انقطاع مستند به جعل اوست و از طرف دیگر می داند که این انقطاع و تعلیق شرعا صحیح نیست؛ لا یکاد أن یجتمع نية الوقف مع العلم.

در پائین می فرمایند: «و هذا بخلاف ما إذا كان بحکم الشرع، فإن عدم الصحة بالاضافة الی الطبقة الاولى التي لا یصح الوقف علیها شرعا لا ینافی قصد الوقفية» ما به قرینه این عبارت است که عرض می کنیم بالا باید قصد الوقف باشد. می فرمایند عدم صحت نسبت به طبقه اول که قسمت اول وقف ما است منافات ندارد که قصد کند وقفیت را. که مقصود تقریبا روشن است، یعنی لا ینافی قصد الوقفية نسبت به طبقه دوم که یصح الوقف علیه. اینکه قسمت اول شرعا صحیح نیست

منافات ندارد با اینکه قصد الوقفية کند نسبت به قسمت دوم که شرعاً صحیح است. می خواهند بگویند قصد و نیت واقف مشکل ندارد، قصد وقفیت می کند و وقف هم حاصل است، عمومات نیز شامل آن می شود.

اگر کسی تشکیک کند که این یک وقف واحد است؟ ایشان می فرماید: «والتبعيض فی مفاده مضافاً الی أنه لا دلیل علی الارتباط و الاتصال غیر عزیز، و إن احتاط استحباباً فی الذیل بتجديده عند انقراض الأول»^۱.

لذا از همین قرینه مقابله می شود فهمید که در بالا هم می خواهند بگویند نیت وقف از واقف اصلاً متمشی نمی شود چون می داند انقطاع به جعل خود او و با این اشتراط و تعلیق حاصل می شود. منتهی مطلب را با تعبیر ربما لا یکاد آورده اند. شاید می خواهند بگویند همیشه این طور نیست.

دو اشکال به بیان مرحوم آقای فاضل

به نظر ما دو اشکال به ایشان وارد است:

اشکال اول: بیان ایشان اخص از مدعاست

اشکال اول اینکه: در قسمت اول که فرمودند «ربما لا یکاد یجتمع» یعنی نیت واقف مشکل دارد.

اولاً: این استدلال اخص از مدعاست. چون خیلی وقتها این نیت مشکل ندارد. مثل اینکه شخص جاهل باشد به اینکه تعلیق موجب بطلان است. شخصی می خواهد منزلش را وقف کند ولی می خواهد تا اول ماه از منزلش استفاده کند می گوید من خانه ام را وقف کردم از اول ماه آینده اگر این شخص هیچ اطلاعی از بطلان وقف معلق ندارد پس علمی ندارد که مانع تمشی قصد شود.

البته این اشکال مبتنی بر فهم درست ما از عبارت ایشان است. چون عبارت این است که لا یکاد یجتمع الوقف مع العلم باستناد الانقطاع، نفهمیدیم علم باستناد الانقطاع الی جعله چه ربطی به اصل وقف دارد، باید همان نية الوقف باشد تا استدلال ایشان درست شود، یعنی گوئی می خواهند بگویند واقف با علم به استناد انقطاع به جعل خودش نمی تواند نیت وقف کند.

۱ تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید؛ ص: ۳۲

اشکالش این استدلال این است که خیلی وقتها واقف چنین علمی ندارد. علم دارد که این انقطاع به جعل خودش مستند است، چون خودش دارد تعلیق می کند، اما نمی داند که تعلیق مبطل است، وقتی نمی داند تعلیق مبطل است چرا نیت وقف از او حاصل نشود؟

ثانیا: خیلی وقتها جهل هم نیست، ممکن است تغییر اجتهاد باشد. مثل خیلی از بزرگواران در زمان ما که قائلند که اصلا تعلیق اشکال ندارد. اگر بعدا از نظرشان برگشتند و تعلیق را مبطل دانستند و تنجیز را شرط. در حال حاضر اجماع را قبول ندارند ولی لعل در آینده قبول کنند. پس در حال حاضر که به دید اجتهادیشان تعلیق را مبطل نمی دانند علم به استناد انقطاع به جعل خودشان دارند اما وقف را باطل نمی دانند. بنابراین قصد وقف از ایشان متمشی می شود مانند قسم دوم.

پس اگر آیت الله فاضل می خواهند تفصیل را از ناحیه تمشی و عدم تمشی قصد وقف درست کنند خیلی موارد نقض می شود. در قسم اول از وقف منقطع الاول مصادیق متعددی وجود دارد که در آنها قصد متمشی می شود و اگر اشکالی داشته باشد اشکالش چیز دیگری است که همان تعلیق است نه عدم تمشی قصد.

و عجیب است که ایشان نیامده اند بین دو قسم به تعلیق و عدم تعلیق فرق بگذارند. نمی دانیم چرا. و عجیب است که اصلا ادله بطلان را ذکر نمی کنند.

از فقهاء فعلی عده ای که حکم به بطلان می کنند مانند آیت الله سیستانی و آیت الله صافی حفظهما الله که در قسمت دوم همین وقف منقطع الاول یعنی وقف بر من یصح علیه الوقف می گویند وقف باطل است مستندشان را بیان نمی کنند که چرا باطل است. آیت الله فاضل آمده اند سر نیت. خب اگر نیت باشد آنوقت اخص می شود در قسم اولش.

علاوه بر اینکه به نظرم در همان قسم اولش که گفته اند ربما لا یکاد أن یجتمع نية الوقف مع العلم استدلال ایشان کلا قابل خدشه است به خاطر اینکه ممکن است رجاء بیاورد. در کثیری از موارد انسان قطع به بطلان ندارد. در مورد همین تعلیق چه کسانی که می گویند تعلیق مبطل است و چه کسانی که می گویند مبطل نیست عمدتا به ادله ای تمسک می کنند که مضمونشان قطعی نیست، ولو این که دلایلش قطعی باشد اما مضمون قطعی نیست. مثلا به ظواهر است یا به اجماع و یا امثال اینهاست که اینها حکم به بطلان را قطعی نمی کند، انسان احتمال می دهد ثبوتا اینطور نباشد خصوصا با اختلاف نظری که گاهی پیدا شده است.

پس ممکن است انسان تعلیق را مبطل بداند، اما چون مبطلیت آن را بر اساس همین ادله می گوید، ثبوتا احتمال دهد که مبطل نباشد. و حق با قائلینی باشد که تعلیق را مبطل ممکن است تنجیز شرط نباشد لذا در این صورت وقف را رجاء

بیاورد. و با رجاء قصدش متمشی می شود و وقف هم صحیح است. پس واقف رجاء قصد وقفیت می کند حال اگر به هر دلیلی منکشف شد که این عقد باطل است که باطل است ولی اگر منکشف نشد وقف صحیح است از حیث تمشی قصد مانعی ندارد.

این نسبت به این طرف.

اشکال دوم: تبعیض در وقف اول کلام است

حالا آن طرفش هم اشکال دارد. طرف دیگر کدام است؟ یعنی آنجایی که به حکم شارع انقطاع حاصل شده است، اول وقف علی من لا یصح علیه شرعا است بعدش وقف علی من یصح علیه الوقف شرعا است. ایشان فرموده اند و هذا بخلاف ما إذا كان بحکم الشرع، چرا؟ چون می گویند عدم صحت در قسمت اول منافاتی ندارد با تمشی قصد وقفیت در قسم دوم و بطن دوم.

عرض می کنیم که همین هم اشکال دارد، چرا؟ برای اینکه اصل انحلال اول کلام است. چه کسی می گوید که وقف تبعیض و منحل می شود؟ این اول کلام است. ایشان برای تتمیم استدلالشان و دفع همین شبه فرموده اند: «و التبعیض فی مفاده مضافا الی أنه لا دلیل علی الارتباط و الاتصال غیر عزیز». می فرمایند هم ما دلیلی بر ارتباط و اتصال نداریم، و هم تبعیض در مفاد عقود غیر عزیز.

به نظر می رسد هر دو استدلال در دو بیانش غلط است. اولاً اینکه لا دلیل علی الارتباط و الاتصال شما باید دلیل بر نفی و بر انحلال بیاورید، نه اینکه لا دلیل علی الارتباط و الاتصال. خب یک وقف کرده مثل یک پیکر است. طرف آمده خانه اش را فروخته، شما بگوئید این منحل می شود به اتاقهای مختلف، خب شما باید دلیل بیاورید که واقعا قصد بایع تملیک اتاقهای مختلف بوده است، والا ظاهر اولی یک عقد، وحدت آن عقد است و انحلالش به عقود مختلف دلیل می خواهد. شما می فرمائید لا دلیل علی الارتباط، این عجیب است واقعا، طرف یک وقف انشاء کرده است شما برای اینکه بگوئید این دو وقف است باید دلیل قانع کننده بیاورید که واقعا این دو تا وقف است، تا بگوئید وقف اول باطل و وقف دوم صحیح است با تمام اجزاء. نه اینکه لا دلیل علی الارتباط و الاتصال.

تبعیض و انحلال باید احراز شود و الا خلاف ظهور عقد در وحدانی بودن است

بعد هم فرموده اند «و التبعیض فی مفاده غیر عزیز». اینکه تبعیض در مفاد غیر عزیز است چه فایده ای دارد؟ غیر عزیز یعنی وجود دارد. پس می فرمائید انحلال و تبعیض وجود دارد. آیا اینکه تبعیض فی الجملة وجود دارد معنایش این است که در این عقد هم وجود دارد؟ یک وقفی است که ظاهرش وقف وحدانی است، شما باید دلیل بیاورید بر تبعیض این عقد به اینکه بگوئید ما در عالم وجود تبعیض هایی داریم.

بله عقود هستند که ما احراز می کنیم که نیت مالک تبعیض است، مثلاً صد تن گندم فروخته با ده تا ماشین، حالا یک ماشینش مشکلی پیدا کرده، خب واضح است که برایش خصوصیتی ندارد. پس هر کجا ظهوری بود در اینکه بایع یا عاقد واقعا لبا مقصودشان انحلال عقد است، می خواسته دو عقد واقع کند یکی را گفته است. مثلاً دو کتاب را که عین همدیگر اند فروخته است و قصدش فروش جدا جدای آنها است، منتهی در مقام انشاء با یک عقد انشاء کرده و با یک عبارت گفته است ولی لبا مقصودش انحلال است. اما اینکه می فرمائید تبعیض غیر عزیز، این کافی نیست. شما باید احراز کنید تبعیض شده است تا بگوئید اولی یک عقد است و دومی هم یک عقد است و اولی باطل است و دومی صحیح. این را نفرمودید.

اشکال مرحوم شیخ به انحلالیت در صورت عدم احراز

حالا جالب است مرحوم شیخ انصاری این مسئله را مستقل بحث نکرده، ذیل بحث وقف علی المعدوم ثم علی الموجود این را بحث کرده است. آنجا ایشان سفت و سخت زیر بار تبعیضی که مرحوم شیخ طوسی ادعا کرده بود نمی رود و می گوید عقود انحلال ندارند مگر جائی که احراز کنیم قصد عاقد واقعا انحلال است، والا تبعیض وجهی ندارد. عقد ظاهرش وحدت است، اینکه بگوئید دار را که فروختید ظاهرش این باشد که شش تا اتاق را تک تک فروختم، واضح است که این حرفها درست نیست. مگر یک جائی واقعا احراز شود.^۱

این هم فرمایش ایشان. به نظر ما این وجه هم برای تفصیل وجهی ندارد.

خلاصه بحث در منقطع الاول (عدم صحت وقف منقطع الاول بکلا قسمیه)

نتیجه بحث تا اینجا قبل از اینکه وقف منقطع الوسط را عرض کنیم این شد که: به نظر ما وقف منقطع الاول درست نیست به دو دلیل:

اولا ما دلیل اثباتی این وقفها را قاصر می دانیم، حتی وقف منقطع الآخر را هم ما نادرست می دانیم و گفتیم صحتش برای ما ثابت نیست.

ترتیب اثر جامع بین وقف و حبس

بله از جهت اینکه به نظر می آمد یک اجماع مرکبی هست در ترتیب اثر جامع بین وقف و حبس، گفتیم ما این اجماع را محترم می دانیم و نمی توانیم آن را نفی کنیم. ولذا آن اثر مشترک یعنی اینکه عین موقوفه در اختیار موقوف علیهم اصطلاحی باشد تا زمان انقراض و از آن استفاده کنند مترتب می دانیم، اما بقیه آثار وقف یا حتی خصوص حبس بار نمی شود. ولذا بعد از انقراض باید به نظر حاکم مصرف شود در آنچه مال عموم مردم و مانند آن است. پس دلیل اول ما همین است که ادله اثباتی وقف منقطع الاول تام نیست. و ما چون عمومات نداریم، نه عمومات اوفوا بالعقودی و نه عمومات مختص باب وقف، اصالت عدم تحقق مسبب در امثال مقام عند الشک محکم است و نتیجه اش ثبوت شرط است که اینجا تنجیز باشد. بنابراین خود انقطاع به نظر ما مانع می شود از ثبوت اعتبار به دلیل همین شکی که می کنیم در عدم تحقق مسبب.

دلیل دوم بر عدم تمامیت وقف منقطع الاول: تعلیقی بودن آن

دلیل دوم جهت تعلیق است. چون ما اجماع بر تنجیز را تمام می دانیم ولذا تعلیق را مبطل می دانیم. و تعلیق هم در قسم اول منقطع الاول وجود دارد و هم در قسم دوم. و این اشتباه است که برخی فکر کرده اند در قسم دوم تعلیق نیست. در قسم دوم هم تعلیق است.

بله بیان مرحوم سید را آوردیم که فرمود این تعلیق هست ولی تعلیق مبطل نیست، تعلیق مبطل جائی است که در انشاء باشد. به دو بیان هم فرمایش ایشان را جواب دادیم که هم تعلیق در انشاء هست صغرویا، و هم دلیلی ندارید که تعلیق باید در انشاء باشد. یعنی ما هم مبنا و هم بناء را رد کردیم.

نتیجه این شد که به دو بیان وقف منقطع الاول نزد ما صحیح نیست.

قول به بطلان هر دو قسم وقف منقطع الاول در بیان بعضی از مراجع کنونی

از میان قدماء خیلی ها هستند که وقف منقطع الاول را قبول ندارند. از علمای فعلی اینطوری که متن را به من داده اند آیت الله سیستانی حفظه الله در منهاج الصالحین (مسئله ۱۴۸۷) اینطور دارند که: «الوقف المنقطع الاول باطل سواء أ كان بجعل الواقف كما إذا أوقفه من أول الشهر القادم، أو بحكم الشرع بأن وقف أولا على ما لا يصح الوقف عليه ثم على غيره، وإن كان الاحوط في الثاني تجديد الوقف عند انقراض الاول»^۱.

البته ما نمی دانیم مستند ایشان چیست، ولی به نظر من نظر ایشان صحیح است که اینک در میان قدماء هم همینطور بود.

آیت الله صافی گلپایگانی حفظه الله هم همینطور دارند، در هدایة العباد مسئله ۲۰ فرموده اند: «الوقف المنقطع الاول إما بجعل الواقف كما إذا وقفه إذا جاء رأس الشهر الكذائي و إما بحكم الشرع بأن وقف أولا على ما لا يصح الوقف عليه ثم على غيره، الظاهر بطلانه رأساً و إن كان الاحوط في الثاني تجديد صيغة الوقف عند انقراض الاول أو عمل الوقف بعده»^۲.
به نظر ما هم همین درست است که وقف منقطع الاول بکلاً قسمیه باطل است.

این تمام الکلام راجع به وقف منقطع الاول در هر دو قسمش.

وقف منقطع الوسط

از این فرع، وقف منقطع الوسط باقی مانده است که بحث مهمی ندارد.

بحث منقطع الوسط این است که فرض کنید اول وقف کرده بر اولاد موجودش، که وقف صحیح است، بعد می گوید ثم على الكافر الحربی، یک شخصی کافی حربی است یا مرتد است که فرض کنید عن فطرة باشد (که خیلی ها این را قبول دارند)، وقف می کند بر آن شخص، این هم که منقرض شد می گوید على الفقراء و المساكين.

۱ منهاج الصالحین (للسیستانی)؛ ج ۲، ص: ۴۵۳

۲ هدایة العباد (لصافی)؛ ج ۲، ص: ۱۸۶/۱۸۵

خب قسمت اول وقف صحیح است، قسمت آخر هم صحیح است، قسمت وسطش باطل است، چون وقف بر کافر حربی مثلاً باطل است که وجهش می آید. این می شود وقف منقطع الوسط، یعنی اول و آخر وقف صحیح است ولی وسطش باطل است.

حکم وقف منقطع الوسط

اینجا حکمش چیست؟

باطل است چون از صغریات فرع منقطع الاول و منقطع الآخر است

وقف قسمت اول از مصادیق وقف منقطع الآخر است، چون اولش صحیح است و بعد از انقراض باطل می شود. وقف قسمت آخر مصداق منقطع الاول است، چون قسمت قبلش که وقف بر حربی بود باطل بود. بنابر این می افتد در همان کبری. کسانی که وقف منقطع الآخر را درست می دانند خب قسمت اول را درست می دانند، اگر وقف منقطع الاول را هم درست می دانند خب قسمت آخر را هم درست می دانند، قسم وسط فقط باطل است.

ولی ما که نه منقطع الاول را درست می دانیم و نه منقطع الآخر را، می گوئیم باطل است. بله در منقطع الآخر یک جور اثر را مترتب می دانیم، یعنی مثل بطلان بالمرّة نیست. یک اثری را مترتب می دانیم، پس در قسمت وقف اولی که منقطع الآخر است آن اثر را بار می کنیم، اما در منقطع الاول که آن بطن سوم است این را باطل می دانیم به حسب بحثی که شد. ولذا بحث خاصی وجود ندارد.

متن امام ره

بعد ایشان در متن می فرماید: «والاحوط تجدیده (صیغه وقف) عند انقراض الاول فی الاول و الوسط فی الثانی». مقصود از انقراض در اول یعنی آن قسم اول از این منقطع الاول است که به حکم شارع است، که در جائی که اولش باطل است به حکم شارع و بعد صحیح است، می گویند عند انقراض الاول که تازه می رسیم به جائی که وقف می خواهد صحیح باشد می گوید دوباره تجدید کنیم که وقف صحیح درست باشد. یک وقف تجدید شده ای است که هیچ مشکلی ندارد. این احتیاطش هست. والوسط فی الثانی، یعنی عند انقراض الوسط فی الثانی. در منقرض الوسط چون وسط باطل بود وقتی وسط منقرض شد تازه می رسیم اول جائی که وقف می تواند صحیح باشد، می گوید اینجا دوباره تجدید کنید، مثل علی الفقراء والمساکین، تجدید کنید احتیاطاً تا وقف صحیح باشد.

این هم بیانش روشن است.

بنابراین مسئله بیست دیگر جهتی در آن باقی نماند.

زمان صحت وقف منقطع الاول بنابر قول به صحت آن

بله یک بحثی را مرحوم شیخ طوسی و دیگران مطرح کرده اند که ما نیازی نداریم چون قبول نداریم صحیح باشد. اینها چون وقف منقطع الاول را صحیح می دانند بحث کرده اند که حالا که صحیح است از کی صحیح است؟ گفته اند در وقف منقطع الاول بیاید از اول عقد صحیح باشد. که ما لابلائی بحثها این را آوردیم و گفتیم وجهی ندارد، چون برخلاف نظر واقف است. لذا این را مفصل بحث نمی کنیم چون مسئله اش واضح است، و روشن است که ما نمی توانیم برخلاف شرط واقف عمل کنیم.

این تمام الکلام در مسئله بیستم.

مسئله بیست و یک: وقف به شرط عود عند الحاجة

مسئله بیست و یک مسئله ای بسیار دشوار است زیرا هم از حیث اقوال در میان فقهاء زمانهای قبل و هم فقهاء زمان خودمان بسیار پراکنده و متضارب است و هم از لحاظ استدلال بر آن اختلاف بسیار وجود دارد.

متن مسئله ۲۱

مسئله این است:

مسألة ۲۱: «لو وقف على جهة أو غيرها و شرط عوده إليه عند حاجته صح على الأقوى، و مرجعه إلى كونه وقفا ما دام لم يحتج إليه، و يدخل في منقطع الآخر، و إذا مات الواقف فان كان بعد طرو الحاجة كان ميراثا، و إلا بقي على وقفته»^۱.

می فرماید: «لو وقف على جهة أو غيرها و شرط عوده إليه عند حاجته». به این می گویند وقف به شرط عود عند الحاجة. اینجا در متن فرموده اند «صح على الأقوى». آنوقت چه می شود؟ فرموده اند: «مرجعه الى كونه وقفا مادام لم يحتج

الیه». مرجع این وقف که بر یک جهتی کند یا غیر جهت و بعد شرط کند برگشتش را به خودش عند الحاجة، لبا یعنی وقف کرده تا زمان حاجت. یعنی حاجت را غایت قرار می دهد. «و یدخل فی منقطع الآخر» وقتی حاجت پیش می آید مثل انقراض می شود در وقف علی من ینقرض عادتاً. حاجت که پیش آمد آمدش تمام می شود. «و إذا مات الواقف» حالا روی فرض اینکه گفتیم وقف صحیح است و شرط هم صحیح است و وقف هم عبارت است از وقف تا زمان حاجت، خب حالا اگر حاجت اصلاً عارض نشد، خب یک وقفی است که مستمر است، «و إذا مات الواقف فإن كان بعد طرو الحاجة كان میراثاً» اگر حاجت عارض شد بعد واقف از دنیا رفت، خب وقتی حاجت عارض می شود وقف برمیگردد، خب می شود میراث، «والا بقى على وقفته» و الا باقی است بر وقفیتش، چون حاجت عارض نشده و وقف هم صحیح است.

اقوال در مسئله

این یک قول در مسئله است. دو قول دیگر صاف هم وجود دارد و یک نیمه قولی هم از مرحوم میرزای قمی وجود دارد که آن را به عنوان قول رابع می آوریم که واقعا نمی دانیم این یک قول باشد. آن را هم بررسی می کنیم.

اقوال را بررسی می کنیم تا به برسیم به ادله آنها.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۲۱: وقف به شرط عود عند الحاجة ۵۱۴

دشواری مسئله و خلط اقوال ۵۱۵

تقریر مسئله ۵۱۶

صور شرط در عقد ۵۱۶

تفسیر وقف همراه با شرط عود بر اساس این صور ۵۱۷

نادرستی روش حضرت امام ره در حل مساله ۵۱۸

تطبیق تعیین استظهارات با شان فقیه سازگار نیست ۵۱۹

احتمال تصویر شرط العود به صورت تقیید ۵۱۹

چیستی شرط در مقام ۵۲۰

لازمه بطلان وقفا و کونه حبسا ۵۲۱

اقوال در مسئله ۵۲۲

مسئله ۲۱: وقف به شرط عود عند الحاجة

بحث ما در مسئله ۲۱ وقف کتاب تحریر بود. «لو وقف على جهة أو غيرها و شرط عوده إليه عند حاجته صح على الأقوى، و مرجعه إلى كونه وقفا ما دام لم يحتج إليه، و يدخل في منقطع الآخر، و إذا مات الواقف فان كان بعد طرو الحاجة كان ميراثا، و إلا بقي على وقفيته»^۱.

اگر کسی شیئی را بر جهتی یا غیر جهتی وقف کند و شرط کند که این وقف عند الحاجة به او باز گردد مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه فرموده اند: «صحّ على الاقوى».

در ادامه تفسیر کرده اند اینکه وقف کند بر جهت و شرط کند عودش را عند الحاجة، بازگشتش به این است که وقف کرده مادام که محتاج نشده است «مرجعه إلى كونه وقفا ما دام لم يحتج إليه». و داخل در وقف منقطع الآخر می شود «و یدخل فی منقطع الآخر».

در واقع وقف است تا زمان حاجت و عند طرو الحاجة وقف از بین می رود چون غایتش حاصل می شود، مثل وقف تا زمان انقراض موقوف علیهم است و مصداق وقف منقطع الآخر می شود.

بعد این فرض را مطرح می کنند که اگر واقف از دنیا برود اگر موت او بعد از طرو حاجت بوده، چون غایت وقف حاصل است و وقف از بین رفته عین موقوفه، میراث می شود. ولی اگر طرو حاجت نشده باشد، غایت وقف حاصل نیست لذا وقف به جای خودش باقی است. «و اذا مات الواقف فإن كان بعد طرو الحاجة كان میراثا و الا بقى على وقفه».

دشواری مسئله و خلط اقوال

مسئله بسیار دشواری است هم از حیث اختلاف و تضارب آراء و هم از حیث ادله ای که طرفین به آن استدلال کرده اند. خصوصا دو روایت از اسماعیل بن فضل وارد شده که خیلی عجیب است که هم قائلین به صحت به آن استدلال کرده اند و هم قائلین به بطلان. اعجب از همه این است که اقوال را هم خلاف نقل می کنند، یعنی درست نقل نمی کنند، و بعد در فهم اینکه قائل چه می خواهد بگوید نیز اختلاف عجیبی شده است. مثلا نظر علامه را نقل می کنند ولی خلاف.

این نقل خلافها نه این است که بنده عرض کنم بلکه خود افراد اهل دقت در نقل مانند مرحوم صاحب مفتاح الکرامة و دیگران نیز اشاره می کنند که مطالب به دقت نقل نشده است. مثلا صاحب مفتاح الکرامة میفرماید اینکه مرحوم فیض از قول سید مرتضی نقل کرده که این وقف می شود حبس، در انتصار ایشان نیست. و راست هم می گویند که چنین مطلبی نیست. و عجیب است از برخی از فقهاء معاصر علامه را داخل می کنند در نظریه ای که می گوید وقف باقی است، در حالی که مصرح مرحوم علامه این است که حبس است. در نتیجه آشفتگی عجیبی در این مسأله وجود دارد، هم از حیث اینکه اختلاف نظر عجیبی است از اول تا به حال و هم در کیفیت استدلالها و هم از حیث فهم روایت و هم از حیث نقل اقوال.

تقریر مسئله

بخشی از این اختلافات شاید به نحوه تقریر مسئله برگردد. ما قبل از اینکه بخواهیم اقوال را بخوانیم و بعد ادله را بحث کنیم لازم است مقداری روی خود مسئله فکر کنیم، به نظرم یک تشقیق شقوق در مسئله لازم است و یک فروضی باید در آن روشن شود و بدون این شاید نشود تمام ابعاد مسئله را حل کرد. برخی از فقهاء به بعضی از این فروض که عرض می کنم اشاره کرده اند، گاهی خیلی گذرا اشاره کرده اند و گاهی هم بحث کرده اند. فروعی هم از این فرع، خلق و زائیده می شود که در متن تحریر نیامده ولی برخی از فقهاء مطرح کرده اند که آنها را نیز مطرح می کنیم.

اولین مساله این است که حضرت امام فرمودند مرجع وقف بر جهت با اشتراط عوده الیه عند الحاجة به گونه وقفا مادام لم یحتج الیه است. باید در مرحله اول ببینیم آیا این حرف درست است؟

صور شرط در عقد

اینکه واقف، عینی را وقف کند بر جهتی و شرط کند عودش را به خودش حداقل به دو صورت تصویر دارد: انشاء معلق بر شرط و اشتراط در ضمن عقد.

یک تصویر این است که از سنخ شرط در ضمن عقد باشد. فقها معمولاً اینها را در عقود دیگر اینطور می گیرند. مثلاً اگر کسی باع داره بتمن و شرط آن یخیط له ثوبا، هیچوقت اینطوری معنا نمی فرمایند {که بیع معلق بر خیاطت است} بلکه می گویند این شرط فی ضمن العقد است. یعنی ارکان عقد تمام است، در واقع ثمنی و مثنی وجود دارد (اگر گفتیم این دو از ارکان عقد هستند) و پس از آن تملیک عین بعوض انشاء شده است یعنی عقد در انشاء منوط به چیزی نیست، البته اینکه برخی می گویند در همه شروط، اراده جدی لبی و قصد لبی، منوط بر شرط است بحث دیگری که فعلاً نباید وارد آن شویم لذا آن را کنار می گذاریم. بنابراین در موارد شروط بیع، انشاء تملیک عین به عوض تمام است و معلق به چیزی نیست، منتهی در ضمن این عقد شرطی کرده اند. پس شروط در ضمن عقد مثل التزام در ظرف الالتزام است نه التزام معلق به التزام.

این مطلب خیلی مهم و شایان توجه است که شروط در ضمن عقد از قبیل منوط علیه و معلق علیه عقد نیست، لااقل در مقام انشاء که اینطور است. حالا لب اراده را کنار بگذاریم در مقام انشاء که اناطه و تعلقی ندارند. لذا عده ای تصریح کرده اند که اصلاً شرطی که ما می گوئیم واجب الوفاء است شرط فی ضمن العقد است، یعنی التزام فی ضمن الالتزام است، التزام ابتدائی اصلاً لزوم وفاء ندارد.

پس ما در مرحله اول باید تشخیص دهیم که شرط از سنخ التزام فی ضمن التزام است یا از سنخ التزام معلق بر التزام یا معلق بر امری است. البته در اینجا شق سومی نیز بیان کرده اند که به صورت غایت باشد. یعنی واقف غایت وقفش را نیاز خویش قرار می دهد. برخی در همین بحثها غایت را شبیه معلق دانسته اند منتهی این تعلیق را بدون اشکال دانسته اند که به آن می رسیم. لکن غایت به دید دقی هم غیر از تعلیق است و هم غیر از التزام فی ضمن الالتزام. گرچه یک شباهتی با تعلیق دارد ولی غایت معلق علیه نیست. و فرق می کند که ما بگوئیم حکم، جعل شده معلقا بر شیئی، یا جعل شده بتا تا غایتی. به دید دقی این دو تفاوت بسیار دارند.

تفسیر وقف همراه با شرط عود بر اساس این صور

حالا ما این را می خواهیم بگوئیم که اگر کسی وقف کرد بر جهتی و شرط عوده الیه عند حاجته، در واقع سه جور می شود تلقی و تفسیر کرد: یکی التزام در ظرف التزام، یعنی وقف کرده است تاما، مثل اینکه بیع کرده است. در ضمن وقف شرطی کرده است. حالا اینکه این شرط چیست این را هم باید بحث کنیم. یعنی مفاد این شرط چیست؟ شرط خیار است، یا شرط نتیجه است به این معنا که وقتی حاجت حاصل شد وقف نباشد. و چنین امری ممکن است که بحث مفصل خواهیم کرد.

پس یک صورت این است که ما بگوئیم وقف هست در ظرف وقف، واقف شرطی کرده است، شبیه شرط فی ضمن عقد، مثل اینکه خانه اش را به ثمنی می فروشد و در ضمن بیع، شرط می کند که مشتری برای او لباسی بدوزد. اینکه مشتری لباس بدوزد معلق علیه بیع نیست. این نیست که وقتی می گوید: فروختم خانه ام را به این ثمن به شرط اینکه برای من لباس بدوزی به این معنی است که بیعش را معلق بر این کرده است که مشتری لباس بدوزد. بلکه جزما و بتا خانه را فروخته است به ثمنی، منتهی در ضمنش شرط کرده است مشتری لباسی برای او بدوزد. این شکل از موارد متیقن شرط است که مضمون او فوا بالشروط شامل آن می شود.

این یک احتمال است.

احتمال دیگر این است که معلق علیه باشد. اینکه می گوئیم «وقف علی جهة أو غیرها و شرط عوده الیه عند حاجته» به این معنا باشد که وقفش معلق است بر رجوع عند الحاجة.

این هم یک فهم است.

احتمال سوم نیز این است که وقف کرده است الی غایه. همانطور که غایت می تواند راس سنه باشد یا انقراض موقوف علیهم باشد می تواند طرّو الحاجة باشد.

حال بحث اینکه اگر ما به صورت الی غایه وقف کردیم حکمش چه می شود، خواهد آمد.

نادرستی روش حضرت امام ره در حل مساله

مرحوم امام در متن فرموده اند «و مرجعه الی کونه وقفا مادام لم یحتج الیه» ایشان از قول واقف استظهار کرده اند که مرجع این نحوه اشراط به این است وقف باشد تا زمانی که به آن احتیاج پیدا نکرده است. یعنی استظهار غایت کرده اند. سؤال ما از حضرت امام این است شما چرا رفته اید به دنبال استظهار از عبارت واقف. آیا فقیه در مقام بیان حکم این مساله حق دارد چنین استظهار اثباتی ای کند و بر اساس استظهار خود حکم مساله را بیان کند یا باید بحث ثبوتی کند؟ ایشان دارند از قول قائل، استظهار غایت می کنند. حال اگر واقف تصریح کرد که مقصود من از شرط «عوده الی عند الحاجة» شرط در ضمن عقد است، آیا باز هم این را می فرمایند که «مرجع الی کونه وقفا مادام لم یحتج الیه»؟ پس ایشان دارند بحث اثباتی می کنند در حالی که باید بحث ثبوتی کنیم که اگر کسی وقف کرد و شرط کرد عوده الیه عند الحاجة چه تصاویر ثبوتی ای دارد و بر اساس هر تصویر ثبوتی دلیل بیاوریم که حکمش چیست. آیا وقف درست است؛ یا وقف باطل است؛ یا شرطش باطل است؛ یا هر دو باطل هستند و حبس درست است؟ اینها فروضی است که باید بر اساس فهم صورت مسئله حل کنیم.

اینکه حضرت امام از این شکل وقف، استظهار غایت می کنند استظهار ایشان است. ممکن است شخص دیگری استظهار دیگری بکند. اصلاً اگر خود واقف تصریح کند به خلاف استظهار ایشان، آنوقت چه میفرمایند؟ مگر اشکالی دارد که واقف بگوید: «من وقف کردم خانه ام را برای فقرا و شرط می کنم که هنگام حاجت به من باز گردد و مقصودم از شرط نیز شرط در ضمن عقد است». در این صورت هم ایشان می فرمایند مرجعه الی کونه وقفا مادام لم یحتج الیه ؟

پس این روش درست نیست. بله حداکثر همراهی ما با ایشان این است که اگر واقفی در مقام انشاء از این عبارت استفاده کند ظاهر حرفش این است که غایت است. البته برای بنده روشن نیست که ظاهر هم همین باشد ولی بر فرض هم ظاهر چنین باشد در نهایت می شود بحث استظهاری در حالی که نباید به این صورت بحث کنیم، باید تصاویر ثبوتی متعدد را بفهمیم و بر اساس آن بحث کنیم.

تطبيق تعيين استظهارات با شان فقيه سازگار نیست

حتی از این بالاتر شاید فقیهی که مرجع تقلید است نباید وارد این بحث شود. کما اینکه در بحث وقف این موارد خیلی تکرار شده است که لو وقف علی اولاده آیا ابن بنت را هم شامل می شود یا نه، واقعا شأن فقیه است که اینها را بحث کند؟ و آیا اصلا استظهاری که او می کند برای مقلدش اگر خودش فهم خاصی داشته باشد حجت است؟ ما یکوقتی بحث توسط در اجتهاد را بحث کردیم برای همینها بود، که درست است اگر مقلدی متوجه این مسائل نمی شود راه درستش همین است که به مقلدش رجوع کند و او این تشخیصها را به او واگذار کند اما اگر کسی مقلد است اما در چنین مقدمات لغوی و نحوی و رجالی و حتی اصولی صاحب نظر است، ولی همه مقدمات را با هم طی نکرده تا بتواند به نتیجه برسد، آیا واقعا لازم است در نتیجه تقلید کند یا در مقدمات هم می شود تقلید کند؟ این بحث مهمی است، به نظر من در مقدمات هم می شود تقلید کند، و حتی می تواند تقلید خودش را در برخی مقدمات منضم کند به اجتهادش در بعضی مقدمات دیگر و به نتیجه عمل کند. البته شاید قائل به این مطلب در بحث فقهی کمتر باشد یا اصلا نباشد، ولی در بحث اصولی وقتی به آن می رسند این احتمالات را طرح می کنند و بعضی هم شاید قائل شده باشند. که حالا سر جای خودش بحث کردیم.

مقصود این است که آیا فقیه باید بگوید «مرجع الی کونه وقفا...»؟ واقفی گفته وقت بر این جهت، و بعد هم شرط کرده که برگردد به خودش عند الحاجة. اینکه واقف چه گفته است را باید فقیه تعیین کند یا این مسئله ای است که هر کس مبتلا به او باشد باید مراجعه کند، چه بسا بگوید این عبارتی که گفته اند شرط فی ضمن العقد است نه اینکه وقف مادام لم یحتج الیه باشد.

احتمال تصویر شرط العود به صورت تقیید

پرسش دیگر در مقام این است که آیا اینکه «شرط عوده الیه عند حاجته» به صورت تعلیق است یا به صورت تقیید است نه تعلیق؟

تقیید یعنی از اول، وقف را خاص وقف کرده است. شبیه همینکه تفسیر می کنند به غایت. اینکه بگوئیم وقف را تقیید کرده است شبیه به غایت است هر چند تقیید تعبیر دیگری غیر از غایت است. در بحث واجب مشروط بیان شده است که اناطه یک بحث است، تقیید یک بحث و غایت هم بحثی دیگر.

ندیدم کسی در این مساله احتمال تقیید بدهد مگر مرحوم شهید صدر در تعلیقات بر منهاج الصالحین آقای حکیم ره که فرموده اند اگر علی وجه التقیید باشد اینطور می شود. که اگر رسیدیم شاید عبارتش را هم خواندیم.

پس این هم یک نکته.

چیستی شرط در مقام

یک نکته خیلی مهمتر این است که: شرط در اینجا چیست؟ شرط نفس حصول غایت است یا حق فسخ است؟ دوستان خوب دقت کنند چون بعدا که می خواهیم اقوال را بررسی کنیم و ادله را بیان کنیم تعیین حقیقت شرط بسیار تأثیرگذار است.

آیا شرط، خود آن حاجت است به گونه ای که با حصول حاجت خارجا، اگر مثلاً شرط را به صورت غایت تصویر کردیم غایت وقف حاصل است و وقف تمام می شود و منتظر چیزی نمی ماند. یا اینکه نفس حاجت، شرط نیست؛ شرط، نظیر شرط الخيار است، شرط، حق فسخ است، به طوری که هنوز بعد حصول حاجت، وقف در اختیار خود آقای واقف است، اگر می خواهد رجوع می کند ولی اگر نمی خواهد رجوع نمی کند و وقف را به حال خود باقی می گذارد.

این بحث بسیار مهمی است، عده ای از فقهاء به این توجه داده اند و ثمره اش را بیان کرده اند، اگر اشتباه نکنم صاحب مفتاح الکرامه می گوید این که ما بگوئیم وقتی حاجت حاصل شد بدون اختیار واقف، غایت حاصل شده و وقف از هم می پاشد با ضوابطی که تا به حال در بحث وقف و غیر وقف دیدیم سازگار نیست. شاید واقف نخواست عین موقوفه را از موقوف علیهم بگیرد و گفت با اینکه حاجت که غایت است حاصل شده ولی وقف باقی باشد.

برگشت این بحث به فهم حقیقت شرط است، که در عبارات بسیاری از فقها مانند متن تحریر باز نشده است. آیا وقتی شرط کرد که هنگام حاجت به او باز گردد به صورت حق است که واقف صاحب اختیار باشد یا بدون اختیار او وقف باطل شود.

شاید نظر واقف به صورت حق فسخ باشد نه اینکه بلا اختیار واقف، وقف باطل شود. شاید واقف در هنگام وقف به این صورت مصلحت سنجی کرده است که نکند خدای نکرده فقیر و محتاج شود لذا چنین شرطی کرده است اما بعد از طرو حاجت می بیند به پایان عمرش چیزی باقی نمانده و کسانی نیز هستند که نفقه او را بدهند لذا با اینکه طرو حاجت شده است تصمیم می گیرد وقف باقی باشد.

یعنی آیا واقف اینجا می خواهد شرطی قرار بدهد که وقتی آن شرط حاصل شد بلا اختیار او وقف از هم بپاشد، یا اینکه می خواهد برای خود حقی قرار بدهد که بتواند وقف را از بین ببرد.

اینها خیلی بحثهای مهمی است. چون صحت و بطلان شرط بنابر هر تصویر استدلال خاص خود را داراست. مثلاً ممکن است کسی در این تصویر دوم که برای خود شرط خیار کند بگوید این شرط به اجماع باطل است چون در وقف اجماع داریم که شرط خیار باطل است. این غیر از آن است که حاجت واقعی را به صورت غایت شرط کند، که در آن هم ولو ادعای اجماع بر بطلان شده است ولی ادعای اجماع بر خلافتش نیز شده. لذا مسئله به لحاظ ادله و روایاتی که قصد استظهار از آنها را داریم خیلی متفاوت می شود.

پس این هم یک مسئله است که شرط کرده عود را، آیا یعنی شرط کرده حق خیار را برای خودش، یا نه اصلاً ربطی به خیار ندارد بلکه یک امر واقعی را شرط کرده است، اگر حصل الحاجة وقف باطل است مثل انقراض موقوف علیهم می ماند، و اگر لم یحتج وقف باقی است، ربطی به اراده او ندارد.

حال اگر با این نکته ای که عرض شد به کلمات نگاه کنیم تخالف و تضارب عجیبی می بینیم. گاهی در کلمات سخن از اراده شده است فرموده اند: «و حینئذ فإن طراً الحاجة و ارادة» یعنی بطلان وقف را متوقف بر اراده واقف کرده اند. گاهی نیز به صورت «یا» می آوردند، می گویند: «فإذا لم یطراً الحاجة أو لم یُرد»

اینها خیلی دقت می خواهد که اگر گفتیم شرط طرو الحاجة است اراده واقف چه ربطی به بطلان دارد.

پس این هم یک نکته است.

لازمه بطلان وقفا و کونه حبسا

مسئله دیگری که در اینجا وجود دارد این است که برخی در اینجا قائل شده اند که وقف درست نیست، حبس می شود. چرایی این نظر خواهد آمد. منتهی اگر حبس درست باشد لازمه اش چه می شود؟

بعضی فرموده اند لازمه صحت حبس این است که اگر حاجت طاری شد همان بحثهایی که در وقف کردیم یعنی اینکه خود حاجت، غایت است یا حق خیار دارد می آید؛ ولی اگر حاجت طاری نشد و مات الواقف، يرجع میراثا.

ممکن است پرسیده شود چرا میراث شود. حبسی است که غایتش حاصل نشده برای چه يرجع میراثا؟

در پاسخ گفته اند به خاطر اینکه میت فقیر است. مرحوم صاحب جواهر می گوید این حرف خرافه است، میت فقیر است یعنی چه. لذا خیلی استدلالها متضارب می شود.

عرض ما این است که اگر گفتیم این وقف برگشتش به حبس است، آنوقت یک بحث مهمی وجود دارد که نتیجه این حبس چیست؟ بعضی گفته اند به موت حبس باطل می شود و يرجع میراثا، برخی مثل مرحوم میرزای قمی که حرف اعجبی زده، گفته حتی اگر حاجت هم طاری نشده باشد، اگر این شخص از دنیا برود این يرجع میراثا از باب اینکه حبس اینجا باطل می شود و يرجع میراثا. به این هم می رسیم.

این هم صورت مسئله ما.

اقوال در مسئله

اما اقوال در مسئله:

اگر فرمایش میرزای قمی را کنار بگذاریم در مسئله سه قول وجود دارد که در میان قدماء تا زمان مرحوم محقق صاحب شرایع این اقوال بوده است و بعد هم همین اقوال در کلمات تکرار شده است.

قول اول: شرط صحیح است و وقف هم صحیح است.

قول دوم: شرط صحیح است عقد هم صحیح است، اما نگفته اند وقف صحیح است. در اینجا خلطی برای بعضی واقع شده چون معنای صحت شرط و عقد، صحت وقف نیست. چون برخی مانند علامه تصریح کرده اند که وقف باطل است و حبس درست است.

با این حال برخی معاصرین گفته اند علامه در قواعد قائل شده اند که صح الشرط والوقف، در حالی که اصلاً اینطور نیست.

به مسالک هم نسبت داده اند که ایشان هم گفته است که صح الشرط والوقف. در حالی که کلام صاحب مسالک دقت می خواهد، اول عبارت مطلبی می گوید ولی در آخر می گوید اگر به روایات نگاه کنیم شرط صحیح است و حبس نه شرط و چیز دیگری.

پس قول اول این است که: شرط صحیح باشد و وقف هم صحیح باشد. اولین کسی که این حرف را تشدید کرده سید مرتضی است. گرچه عبارتی از نهاییه وجود دارد که آنجا هم ظاهرش همین است که شرط درست است و وقف هم صحیح است و برخی دیگر هم همین را قائل شده اند. ولی مرحوم سید مرتضی در انتصار ادعای اجماع بر این نظر می کند. دلیلش

را بیان می کند، اشکالاتش را بیان می کند و دفع می کند، یعنی به تفصیل بحث می کند و برخی شبهات را همانجا جواب می دهد.

قول دوم این است که صح الشرط و العقد، نه وقفا، بطل وقفا و صح حبسا. این قول صراحتا در فرمایش محقق صاحب شرایع آمده است و بعد هم در کلام علامه هست.

صاحب شرایع فرموده اند: «ولو شرط عوده اليه عند حاجته صح الشرط و بطل الوقف و صار حبسا يعود فيه مع الحاجة و يورث».^۱

ایشان در مختصر قائل به بطلان می شوند: «ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان شبههما البطلان». بعید نیست که منظورشان بطلان من رأسه باشد یعنی شرط و عقد همه اش باطل باشد. ولی ممکن است کسی این را جمع کند با بحث شرایع و بگوید البطلان یعنی بطلانه وقفا، اما نفس شرط و حبس صحیح است. عبارت می گوید «ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان» اما اینکه این دو قول در وقف است یا در شرط یا در هر دو؟ عبارت از این جهت اجمال دارد. حالا اصل بطلان را که باید بگوئیم ثابت است، اما مقصود بطلان در چیست، بطلان وقفا، یا بطلان وقفا و شرطا، ظاهرا از این عبارت بطلان شرطا و وقفا فهمیده اند. خیلی از قائلین که می خواهند نقل کنند می گویند در مختصر ایشان فرموده بطلان شرط و وقف، که با این تصویر دیگر با حرف شرایع جمع نمی شود. در شرایع می گوید صح الشرط و بطل الوقف و صار حبسا. گاهی از این تعبیر می شود به صح الشرط و العقد، نه صح الشرط والوقف.

علامه در قواعد فرموده اند: «ولو شرط عوده اليه عند الحاجة صح الشرط و صار حبسا و بطل وقفا، بل يرجع اليه مع الحاجة و يورث».^۲

ایشان اینجا تصریح کرده است که صح الشرط و صار حبسا و بطل الوقف، حالا عبارات را می خوانم که برخی علمای معاصر اینطور فرموده اند که: «إذا وقف و شرط عوده اليه عند حاجته اختلفت فيه كلمة الاصحاب على اقوال: الاول صحة الشرط و كونه وقفا، و عليه السيد المرتضى في الانتصار مدعيا عليه الاجماع، و العلامة في القواعد». این مطلب اخیر درست نیست. شما می گوئید قول اول این است که گفته اند صحة الشرط و كونه وقفا. مرحوم علامه فرموده: «و لو شرط عوده اليه

۱ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ص: ۱۷۱

۲ قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام؛ ج ۲، ص: ۳۸۹

عند الحاجة صح الشرط و صار حبسا وبطل وقفا». البته من خودم قواعد را نگاه نکردم ولی این عبارتی است که از نرم افزار گرفته اند که بعید است اشتباه باشد.

بعد فرموده اند: «والشاهد في المسالك قال هو خيرة المعظم، فلو احتاج يرجع اليه و الا يبقى على وقفيته»^۱.

این هم عجیب است که گفته اند شهید هم در مسالك صحت شرط وصحت وقف را فرموده است. در حالی که در مسالك ایشان چیز دیگری فرموده و خلط شده است.

در مسالك اول دو تا موضع می گیرد، یکی اینکه بگوید تکلیف شرط چیست؟ می گوید دو قول در آن هست، احدهما که اختاره المعظم صحت شرط است. این موضع اول است. موضع دوم این است که «على تقدير الصحة و الحاجة يجوز له الرجوع و يصير ملكا و يبطل الوقف». بعد می گوید «و إن لم يرجع أو لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حبسا أم يستمر الوقف على حاله؟ اینجا گفته اند قولان. اختار المصنف هنا و العلامة و جماعة الأول، عملا بمقتضى الرواية الخاصة». بعد صاحب مسالك فرموده اند: و ذهب المرتضى والعلامة في المختلف الى الثاني، (که باید به مقتضای وقف عمل کند) فإن رجع الواقف بمقتضى شرط بطل الوقف عملا بالشرط، و إن لم يرجع و مات كان على حاله عملا بمقتضى العقد (و ایشان می فرماید) و هذا حسن إن لم نعتبر الرواية، والا فالاول احسن.^۲

اول احسن است یعنی اینکه اگر طرو حاجت هم نشده بود ایشان می گوید يرجع میراثا، می گوید لصيرورته بالشرط المذكور حبسا. و می گوید این با روایت اوفق و اقرب است.

پس صاحب مسالك نهایتا اختیار نکرده است صحت الشرط والوقف را. دوستان در این نسبتها تأملی کنند تا انشاء الله جلسه آینده این اقوال را دنبال کنیم.

«والسلام عليكم ورحمة الله».

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحہ: ۶۹

۲ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۵، ص: ۳۶۷/۳۶۵/۳۶۴

باسمه تعالی

| | |
|------------------------|-----|
| خلاصه مباحث گذشته | ۵۲۵ |
| نقل اقوال در مسئله | ۵۲۶ |
| قول اول صحت شرط و وقف | ۵۲۷ |
| قول دوم: صحت شرط و عقد | ۵۲۹ |
| قول سوم: بطلان عقد | ۵۳۰ |
| ادله اقوال در مسئله | ۵۳۱ |
| ادله قول اول | ۵۳۱ |
| باسخ ادله قول اول | ۵۳۱ |
| ادله بطلان | ۵۳۴ |

خلاصه مباحث گذشته

بحث در فرع بیست و یکم تحریر بود. اگر کسی وقف کند شیئی را بر جهتی یا غیر جهتی، و شرط کند عود آن را عند الحاجة در اینجا سه قول هست، البته فرمایش چهارمی نیز میرزای قمی دارند که باید آن را هم بررسی کنیم. اما اقوال مشهور به لحاظ نقل در میان فقهاء سه قول است.

در جلسه گذشته قبل از نقل اقوال عرض کردیم که ما اول باید بفهمیم صورت مسئله چیست زیرا علی الظاهر برخی از این اقوال و استدلالهای آنها مبتنی بر بعضی از فروض و احتمالات است و به نظر بنده همه اش بر یک مدار نمی چرخد. عرض کردیم اینکه در وقف شرط کنیم عود عند الحاجة را به نظر ما سه محتمل ثبوتی دارد:

یکی اینکه این شرط در واقع بیان غایت باشد، یعنی واقف به صورت جازمانه وقف می کند، منتهی الی هذا الغایة. زیرا در حال حاضر به عین موقوفه احتیاجی ندارد، اگر حاجت داشته باشد که بی معناست بگوید وقف می کنم تا این غایت؛ چون فعلا احتیاج ندارد می تواند جازمانه وقف کند تا زمان حصول حاجت. زمان حصول حاجت از این جهت مانند غایت انقراض است.

محتمل دوم این است که وقف معلق باشد بر عدم الحاجة، به طوری که اگر حاجت حاصل شد وقف منتفی شود. لذا انشاء معلق است. البته انشاء به همان معنایی که در بحث هست یعنی مُنشأ و حقیقت وقف معلق شده است بر عدم الحاجة.

احتمال ثبوتی سوم این است که وقف تمام باشد و عود عند الحاجة شرط فی ضمن الوقف باشد، مثل شرط فی ضمن البيع. این احتمال مغایر با دو احتمال قبلی است و به نظر من با اینکه اصلاً در عبارات نیامده، ولی برخی از استدلالها بر مدار این تصویر است.

لذا من از دوستان تقاضا دارم کاملاً بر این سه احتمال ثبوتی تحفظ کنند تا استدلالهایی که مطرح می شود و جوابهایی که به آنها داده می شود را بر اساس این احتمالات بررسی کنیم نه بر اساس احتمال اثباتی حضرت امام در متن تحریر که فرموده اند: «و مرجعه الی کونه وقفا مادام لم یحتج الیه».

البته این متن فقط مخصوص امام ره نیست و قائلین دیگری نیز دارد. ظاهراً در خود متن وسیله هم این هست و بزرگان دیگری از مراجع قریب زمان ما و معاصر ما همین متن را فرموده اند. و مرحوم سید هم در تکلمه عروه همینطور فرموده، گفته مرجعش به تحدید وقف است مثل بحث انقراض.

منتهی واقعش این است که ما نفهمیدیم چرا به این صورت به غایت برگردانده اند. وقتی واقف شرط می کند اینکه بازگشت شرط به چه چیزی باشد تابع نیت او است و این که چه چیزی را از شرطش قصد کرده است. و ثبوتاً هر سه صورت ممکن است.

اینکه می گویند مرجعه الی کونه کذا، آیا یعنی ما استظهار می کنیم از نحوه گفتن واقف؟ روشن است که عبارت واقفین ممکن است متفاوت باشد، و حتی ممکن است تصریح کنند به قصد خلاف غایت. لذا مهم است که آن سه احتمال را در ذهن داشته باشیم.

نقل اقوال در مسئله

اقوال را عرض می کنیم، منتهی نمی خواهیم مانند قبل تمام اقوال را بخوانیم، برای اینکه در اینجا فائده ای ندارد. تقریباً از میان قدماء یعنی از زمان شیخ مفید، شیخ طوسی، سید مرتضی و ابن ادریس تا زمان حاضر به صورت کلی آراء کاملاً متضارب و اقوال کاملاً متخالفی وجود دارد. حتی ادعای اجماعهای متضارب شده است. مثلاً ابن ادریس اجماعی کاملاً بر خلاف سید مرتضی ادعا می کند. بنابر این در اینجا اجماع قابل تحصیل نیست. حتی به نظر من در یک طرف هم

نمی توانیم بگوئیم شهرت وجود دارد. حتی ادعای مرحوم سید صاحب عروه که فرموده والاكثر بر صحة الشرط والوقف هستند این هم معلوم نیست. یعنی تا آنجایی که ما نگاه کردیم ادعای اینکه یک طرف اکثر باشد دشوار است. هر سه قول قائل دارد و قائلینشان هم مهم هستند حتی در زمان حاضر.

در بسیاری از بحثها در مسیر تاریخی اقوال مساله، مشاهده می شود که در زمانهای گذشته اختلافاتی بوده است ولی با گذر زمان و نزدیک شدن به زمان حاضر تقریباً اتفاق بر یکی از اقوال شکل می گیرد لکن در محل بحث به این صورت نیست.

این را برای این گفتم که ما اینجا نمی خواهیم سیر تاریخی همه اقوال را عرض کنیم، ولی علی الاجمال اقوال را مطرح می کنیم. مثلاً مرحوم ابن فهد در مذهب البارع سه قول را دسته بندی کرده است. و مرحوم محقق کرکی هم در جامع المقاصد سه قول را آورده است. ما این سه قول را می آوریم و یکی دو بیان از هر قول را مطرح کرده و از آن عبور می کنیم. مرحوم ابن فهد در مذهب ذیل قول صاحب شرایع در مختصر النافع مطالبی دارند. در مختصر النافع مرحوم محقق حلی به صورت صریح فرموده اند که این وقف باطل است. عبارت ایشان این است که: «ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان شبههما البطلان».^۱ اینجا فرموده اند دو قول هست اشبه هم این است که باطل است.

حال پرسش این است که این بطلان به شرط برمی گردد یا به اصل وقف برمی گردد.

قول اول صحت شرط و وقف

مرحوم ابن فهد می فرماید: «اقول: فی هذه المسئلة ثلاثة اقوال: صحة الوقف والشرط بمعنى أنه إن احتاج اليه و رجع فيه (حالاً این را دوستان عنایت کنند یک بحث مهمی دارد دیروز هم اشاره کردم در فهم روایت هم اثرگذار است این جمله ای که عرض می کنم) إن احتاج اليه و رجع فيه (یعنی هم احتیاج را آورده و هم رجوع را) صار طلقاً و جاز له بيعه و التصرف فيه، و إن لم يرجع و مات كان وقفاً». این معنای صحت وقف و شرط است، که هم شرط درست است و هم وقف درست است. آنوقت نتیجه اش این می شود که اگر احتیاج پیدا کرد و رجوع کرد، این طلق می شود و مثل بقیه اموالش می شود. صار طلقاً و جاز له بيعه و التصرف فيه. و اگر رجوع نکرد و از دنیا رفت، به وقفیت باقی می ماند.

۱ المختصر النافع في فقه الإمامية: ج ۱، ص: ۱۵۶

در این «و إن لم يرجع» یک فرض را باقی گذاشته و مطرح نکردند. اگر حاجت طاری شد و مات در این صورت چه می شود؟! لذا این عبارت خیلی دقیق نیست، بعدا انشاء الله بحثش می کنیم.

فرموده اند: «و هو ظاهر المفید» عبارت شیخ مفید ره را بعدا می خوانیم، عبارت ایشان ناقص است.

فرموده اند: «و هو ظاهر المفید و السید (سید مرتضی در انتصار) و السلار و اختاره العلامة ثانيا»^۱ چون اولاً در مختلف چیز دیگری را اختیار کرده و ثانیاً این را گفته است.

مرحوم شیخ مفید عبارتش این است، البته این از نرم افزار نور است، من به خود کتاب هم که مراجعه کردم مصححین در ذیل نوشته اند «و کذا» با اینکه چند نسخه را در اختیار داشته اند نوشته اند و کذا. عبارت این است: «و متى اشترط الواقف فی الوقف أنه إن احتاج الیه فی حیاته لفقر کان له بیعه و صرف ثمنه فی مصالحه»^۲.

اینکه «متی اشترط الواقف فی الوقف أنه إن احتاج الیه فی حیاته لفقر» جزاء اشترط را نیاورده اند. متی اشترط الواقف فی الوقف أنه إن احتاج الیه فی حیاته لفقر مثلاً بگوئیم برگردد به خودش و عاد الیه و يرجع الیه. این را نیاورده اند و فرموده اند «کان له بیعه و صرف ثمنه فی مصالحه». البته مطلب تقریباً روشن است و باید همین باشد. و آنجا هم آقایان چیزی پیدا نکرده اند بعد از فی حیاته لفقر بعدش نوشته اند و کذا، و یک کاما (،) هم گذاشته اند که یعنی یک توقفی شود، بعدش نوشته اند کان له بیعه، خب این که جمله ناقص است، فرموده اند و کذا. راست هم می گویند جمله ناقص است.

در هر حال مطلب را علی الظاهر استظهار کرده اند که یعنی «فی حیاته لفقر اشترط عوده أو رجوعه الیه»، که همان مفادی می شود که دیگران گفته اند، آنوقت فرموده اند جزاءش این است که «کان له بیعه و صرف ثمنه فی مصالحه». تجویز بیع و صرف ثمن یعنی اینکه برگردد به ملک واقف و وقف نباشد. لذا این قول را به مرحوم شیخ مفید نسبت داده است.

اما انتصار عباراتش خیلی روشن است. سید مرتضی فرموده است: «و مما انفردت به الامامية القول بأنه من وقف وقفا جاز له أن یشرط أنه إن احتاج الیه فی حال حیاته کان له بیعه و الانتفاع بثمره، والقول أيضا بأن الوقف متى حصل من الخراب بحيث لا یجدی نفعا جاز لمن هو وقف علیه بیعه و الانتفاع بثمره». بعد فرموده: «و خالف باقی الفقهاء فی ذلک». این فقهاء

۱ المذهب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۳، ص: ۵۳، ۵۴.

۲ المقنعة (للشیخ المفید)؛ ص: ۶۵۲.

ظاهراً مراد فقهاء عامه است، چون ایشان فرموده مما انفردت به الامامية و پائین هم می گویند اجماع است. پس خالف باقی الفقهاء یعنی عامه که بعد هم از اهل سنت نقل کرده اند که ابی یوسف و دیگران چي گفته اند.

بعد مرحوم سید فرموده: «دلیلنا اتفاق الطائفة» ایشان اجماع درست کرده است بر این مطلب. بعد استدلال هم کرده است، فرموده: «و لأن كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف و ما یشرطه فيه، فإذا شرط لنفسه ما ذكرنا كان كسائر ما یشرطه»^۱. در ادامه به اشکال تنافی شرط با این وقف را مطرح کرده و گفته تنافی ندارند. حالا اگر لازم شد ما در ادله صحت می آوریم به این شکل که ایشان فرموده است.

پس این هم فرمایش انتصار است.

پس قول اول صحة الوقف و الشرط است که فرموده اند مفید و سید و سلار و علامه در یکی از احتمالات کلامش آورده است. پس این یک قول است که صحة الوقف و الشرط باشد.

قول دوم: صحت شرط و عقد

قول دوم صحة الشرط و العقد است. نگفته اند صحة الشرط والوقف، بلکه صحة الشرط والعقد، ویکون فی الحقيقة حبساً. اینکه در قبال وقف می گویند عقد یعنی حبسش درست است نه وقفش. «و یكون فی الحقيقة حبساً فإن رجع فيه مع الحاجة صار طلقاً و ورث عنه». بعد گفته اند «و کذا لو مات و لم يرجع». این هم خودش یک داستانی است که اگر حاجت عارض نشود تا زمان موت واقف، «و کذا لو مات و لم يرجع». این قول به صحت شرط و عقد است، «قاله الشيخ فی النهاية و تبعه القاضی و هو الذی رجحه العلامة فی المختلف اولاً». گرچه بعد ثانیاً صحت وقف و شرط را گفته است.

این هم قول دوم است.

قول سوم: بطلان عقد

قول سوم بطلان عقد است، یعنی نه وقف است و نه حبس. «لأنه خلاف مقتضاه» این شرط خلاف مقتضای وقف است، «لأن الوقف لا تباع، قاله الشيخ في المبسوط و به قال ابوعلی (ابن جنید) و ابن حمزة و ابن ادریس»^۱ که ابن ادریس ادعای اجماع هم کرده است.

عبارت شیخ در نهایت این است که فرموده: «و متى شرط الواقف أنه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه و التصرف فيه، كان الشرط صحيحا و كان له أن يفعل ما شرط، الا أنه إذا مات و الحال ما ذكرناه رجع ميراثا و لم يمض الوقف»^۲. اگر از دنیا رفت رجع میراثا. اگر مرگ بعد از طرو حاجت باشد درست است، اما اگر قبل از طرو حاجت باشد چون نگفته است که طرو حاجت شده است، می گوید شرط صحیح است و کان له أن يفعل ما شرط، الا أنه إذا مات و الحال ما ذكرناه، والحال ما ذكرناه یعنی بعد طرو الحاجة یا قبل طرو الحاجة. اگر قبل طرو الحاجة باشد گفته رجع میراثا و لم يمض الوقف. ولذا عده ای این قول نهایت را دال بر صحت شرط و حبس گرفته اند، مثل این عبارتی که الان ما از مهذب خواندیم. عبارت این بود: «صحة الشرط والعقد و يكون في الحقيقة حبسا». یعنی الان ابن فهد هم از نهایت این را فهمیده، چون گفته رجع میراثا و لم يمض الوقف، از این فهمیده است که قبل طرو الحاجة این را دارد می گوید. یعنی قبل از اینکه طرو حاجت شود و شرط حاصل شود اگر این طرف از دنیا برود می شود میراث. پس باید حبس باشد. اگر وقف باشد که میراث نمی شود. پس ایشان هم این عبارت را از نهایت اینطور فهمیده است.

پس قول سوم بطلان عقد است که مختار شیخ در مبسوط است.

خوض در این اقوال چندان اثری ندارد، چون اختلافات از اول بوده در میان قرون هم تا زمان ما وجود داشته است. بزرگانی مثل مرحوم صاحب عروه یک طرف رفته اند، صاحب ریاض و صاحب مفتاح الكرامة باطل می داند، ولی صاحب جواهر صحیح می داند. در زمان ما بزرگانی از مراجع فعلی که در حیات هستند باطل می دانند بزرگانی صحیح می دانند، نسل قبل تر هم عده ای باطل می دانستند و عده ای صحیح. یعنی یک اختلاف حسابی است. ولذا فحوص در اقوال برای

۱ المهذب البارع في شرح المختصر النافع، ج ۳، ص: ۵۴، ۵۵

۲ النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ۵۹۵، ۵۹۶

اینکه ما به یک اجماع یا اتفاق یا حتی به نظرم به یک شهرت غیر معارضه برساند کارگشا نیست. اگر هم شهرت باشد هر دو طرف مشهور است، به دنبال شهرش هم نباید گشت، چون هر دو طرف عده زیادی قائل دارد.

ادله اقوال در مسئله

ولذا مهم الان ادله است که ببینیم ادله در اینجا چگونه است.

ادله قول اول

ما اول از ادله صحت شروع کنیم: دلیل بر صحت عمده اش رجوع به عمومات مثل اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها است. و گاهی هم تشبیه به مورد وقف علی من ینقرض است، می گویند در وقف علی من ینقرض وقف تا غایت یعنی انقراض صحیح است، در بحث ما هم وقف تا یک حد و غایتی صحیح است و آن غایت که حاجت است محتمل الحصول است. بنابراین مثل انقراضی که محتمل است اینجا هم محتمل است. همانطوری که در وقف علی موقوف علیهمی که احتمال انقراض می دهیم یا یغلب علیهم الانقراض وقف صحیح است، اینجا هم صحیح است.

پاسخ ادله قول اول

اولا مطابق مبنای ما عمومات ادله امضا برای وقف نداریم. نه می توان به «اوفوا بالعقود» تمسک کرد {چون عقد بودن وقف محرز نیست} نه می توان به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» تمسک نمود {چون مشروع نیست} که بحث آن به صورت مفصل گذشته است.

تشبیه مقام به وقف علی من ینقرض نیز چیزی را حل نمی کند. چون قبلا عرض شد که ما در وقف علی من ینقرض نیز اشکال داریم، چون آنجا هم مصحح نداریم.

البته در وقف علی من ینقرض به دلیل اینکه به نظر می آید اجماعی بر ترتیب اثر جامع بین حبس و وقف حاصل است، به خاطر اینکه یکی از این دو قول وقف یا حبس را قائل شده اند به همین میزان پذیرفتیم. لذا وقتی واقف، عینی را وقف می کند بر موقوف علیهم، باید تا زمان انقراض در اختیار آنها قرار دهد. هر چند عنوان وقف بما هو وقف ثابت نیست، همانطور که حبس بما هو حبس ثابت نیست. فقط اجماع وجود دارد که باید در اختیار کسانی که در عقد آورده قرار دهد و آنها انتفاع برند. بنابراین تشبیهی که افرادی مانند مرحوم سید صاحب عروه فرموده اند و همچنین تمسک به عمومات بر اساس مبنای خودشان راه گشا است اما بر اساس مبانی ما این دلیل تمام نیست.

مرحوم سید مرتضی رحمه الله در انتصار فرموده اند: این وقف صحیح است «لأن كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف و ما يشترط فيه، فإذا شرط لنفسه ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه»^۱.

اما کبرای حرف ایشان درست نیست. ایشان فرموده است که وقف تابع اختیار واقف است، این خلط بحث است. مواردی در وقف تابع اختیار واقف است، و مواردی در اختیار واقف نیست. اینکه نهاد وقف چه شرائطی دارد، تابع اختیار واقف نیست. وقف مانند بیع است. همانطور که بایع مشروع نیست و نمی تواند شرایط بیع را تعیین کند و وقف نیز مشروع نیست و نمی تواند شرایط بیع را تعیین کند.

اگر بتوانیم بگوئیم در اختیار بایع است که چگونه بیع شود، مثلاً بایع قصد کرده است بیع بر مجهول کند و اتفاقاً مشتری هم قبول دارد، بگوئیم این بیع صحیح است، و مانند برخی موارد که گفته اند اگر نذر کرد مالی را پردازد همینکه چیزی پردازد نذر حاصل است، در اینجا هم بگوئیم اگر بگوید بیع کردم مالی را که مجهول است همینکه طرفین مال را بر چیزی تطبیق کنند کافی است و بیع درست است؛ در این صورت در وقف نیز می توانستیم بگوئیم تعیین شرائط با واقف است اما کسی اینها را نگفته است. یعنی اینکه بایع می تواند شرطی در ضمن عقد قرار دهد به این معنا نیست که کل تسبیب و سببیت بیع را هم می تواند بالا و پائین کند و تغییر بدهد تا بگوئیم اصلاً نهاد بیع را هم می تواند عوض کند کما اینکه نهاد وقف را می تواند تغییر دهد. اصلاً چنین چیزی نداریم که می گوئید «لأن كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف».

بله وقف کردن، انشاء وقف از ناحیه واقف است، که او می تواند در عقدش شروطی هم قرار بدهد، اما این شروط نباید مخالف مقتضای نهاد وقف باشد. وقف چه تملیک باشد و چه تحبیس؛ یا مثل عرض ما معجولی اصالی باشد یا مثل برخی از بزرگان که فرمودند ایقاف باشد در این امور تابع عقلاء است اگر ما قبول کنیم که یک وقف عند العقلاء داریم یا بگوئیم تأسیس شرعی است اگر بگوئیم همچنین وقفی که در نزد شارع بوده در میان عقلاء نیست.

علی ای حال این استدلال درست نیست.

برخی به مرحوم سید مرتضی اشکال کرده اند که در جاهای دیگر که شرط می کنند و شرط تابع اختیار عاقد است شرط مخالف مقتضای خود عقد نیست؛ اگر شرط مخالف مقتضای عقد باشد باطل است. در اینجا شرط شما خلاف مقتضای

خود عقد است زیرا در وقف، تأیید نهفته است، در وقف باید خروج از ملک واقف باشد در حالی که در شرط عود عند الحاجة، می گوئید برگردد به ملک واقف که این خلاف مقتضای عقد است.

ایشان در پاسخ ادعای عجیبی دارد. فرموده: «قلنا ليس ذلك يناقض كونه وقفا» اینجور شرط مناقضی با وقفیت ندارد. «لأنه متى لم يختَر الرجوع فهو ماض على سبيله و متى مات قبل العود نفذ أيضا نفوذا تاما» دوستان دقت کنند، آنهایی که می گویند عود عند الحاجة شرط خیار نیست و حاجت، غایت است، این عبارت را چه جور معنا می کنند. ایشان می خواهد استدلال را به این صورت جواب دهد که این شرط، شرط منافی با مقتضای وقف نیست، می گوید اگر اختیار نکند رجوع را یا قبل از عود (حاجت) از دنیا برود وقف صحیح است و نفوذ تام دارد. آنوقت یک عبارتی هم دارد که ما نفهمیدیم مفادش چیست، می گوید: «و هذا حكم ما كان مستفادا قبل عقد الوقف».^۱ نمی دانیم این عبارت یعنی چی.

آنوقت می فرماید پس در این دو مورد وقف باقی است و شرط شما مخالف با مقتضای اصل وقف نبود، چطور می فرمائید مناقض است؟

من از پاسخ ایشان تعجب می کنم. مستشکل که نگفت در این شقوق مناقض است. در فرضی که طرو حاجت شود و اختار الرجوع عند الحاجة این عین باید بازگردد به ملک واقف و این مناقض با مقتضای وقف است.

من تعجب می کنم که گاهی مؤلفین از حل مسئله فرار می کنند. مرحوم سید در قسمی که وقف باقی است می گویند مناقض نیست. بله نتیجه حرف ایشان این است که این شرط باطله ناقض نیست. اما فی الجملة که ناقض هست در جائی که طرو حاجت شود و اختیار عود کند. و همین قدر کافی است که شرط شما در حالی از احوال و ظرفی از ظروف ناقض باشد. شرط هر قدر که ناقض باشد باطل است و بر اساس اینکه شرط باطل مبطل باشد مبطل نیز هست.

این هم استدلال بر صحت. پس به نظر ما دلیلی بر صحت وجود ندارد. کسانی که تصحیح می کنند بر اساس عمومات تصحیح می کنند و ما چنین عموماتی را قبول نداریم. ما همان اصالت عدم تحقق مسبب را حاکم می دانیم به شرط اینکه ادله بطلان که الان می خواهیم بخوانیم تام نباشند، والا اگر اینها تام باشند، خود اینها دلیل بر بطلان است و نیاز به رجوع به اصالة الاشتغال و عدم تحقق مسبب عند الشک در اجزاء سبب نداریم بلکه خود آن ادله، حاکم است. اگر آن ادله تمام

نبود شک هم بکنیم چون ما عمومات را قبول نداریم به تعبیر سابق اصالة الفساد یا اصالت عدم تحقق مسبب عند الشک فی اجزاء السبب حاکم است، ولذا باید بگوئیم وقف در اینجا باطل است.

ادله بطلان

ادله بطلان یک دسته ادله شش تایی هستند، که مرحوم سید می فرمایند همه اینها ضعیف هستند، ایشان می فرماید: «وهذا و استدلال للبطلان بوجوه اخر ضعيفة» که ایشان آنها را ذکر می کنند.

برخی علماء معاصر هم همینها را تقریباً آورده اند و عین فرمایش مرحوم سید را تکرار کرده اند. مرحوم آیت الله فاضل هم بعد از آن روایتی که الان می خوانیم فرموده اند وجوه ضعیفه دیگری هست که آنها را بیان نکرده اند.

به نظر ما آن وجوه اینقدر هم ضعیف نیست. منتهی نکته مهمی که معمولاً به آن توجه نکرده اند حتی سید صاحب عروه این است که این استدلالها روی فروض مختلفی است که ما ذکر کردیم، البته این حدس ما است مصرح به در کلمات نیست، قرائنی دارد که عرض می کنیم. اگر به صورتی که ما عرض کردیم می آوردند و تشقیق شقوق می کردند اتفاقاً بعضی از این ادله کاملاً قابل توجه بود. حالا انشاء الله جلسه بعد این را به تفصیل عرض می کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- ۵۳۶ خلاصه مباحث گذشته
- ۵۳۶ قائلین به بطلان وقف در این مسئله
- ۵۳۶ ادله قول به بطلان
- ۵۳۶ دلیل اول بطلان: تمسک به روایات
- ۵۳۷ اصل بر متعدد بودن روایات است
- ۵۳۷ روایت اول: روایت محمد بن سنان
- ۵۳۷ بررسی اجمالی وثاقت محمد بن سنان
- ۵۳۸ نحوه استدلال قائلین به بطلان به روایت
- ۵۳۹ روایت دوم: موثقه ابان بن عثمان
- ۵۴۰ نحوه استدلال به روایت دوم
- ۵۴۰ روایت سوم: موثقه قاسم بن محمد
- ۵۴۱ نحوه استدلال به روایت سوم
- ۵۴۱ اشکال به استدلال به این سه روایت با ذکر احتمال خلاف
- ۵۴۲ جواب از اشکال بر استدلال به روایت
- ۵۴۲ اشکال در استدلال به خاطر ذکر تعبیر «یرجع» در یرجع میراثا
- ۵۴۲ جواب از اشکال
- ۵۴۳ خلاصه بحث روائی
- ۵۴۴ توجیه هایی برای جمله «یکون له فی حیاته» در روایت اول
- ۵۴۴ ادله غیر روائی بر بطلان این وقف
- ۵۴۵ دلیل اول: مخالفت با مقتضای وقف
- ۵۴۵ اشکال صاحب عروه به دلیل اول
- ۵۴۵ پاسخ اشکال صاحب عروه

خلاصه مباحث گذشته

بحث در فرع بیست و یکم تحریر بود. بحث ما در اقوالی بود که در بحث وقف علی جهة یا غیر جهة در جائی که واقف شرط کند که عند الحاجة به او باز گردد مطرح شده است.

قول اول صحت شرط و وقف بود، که در جلسه گذشته دیدیم این قول به نظر ما تمام نیست گرچه برخی مانند مرحوم سید و دیگران قائل به آن شده اند.

قائلین به بطلان وقف در این مسئله

نظر دیگر بطلان عقد است. یعنی هیچکدام از وقف یا حبس، واقع نمی شوند. این نظر هم قائلین فراوانی دارد. مرحوم شیخ طوسی با اینکه در نهاییه قائل به صحت شرط و عقد شده است که علی الظاهر مرادشان وقوع حبس است گرچه تصریح نکرده اند ولی در مبسوط قائل به بطلان شده اند.

مرحوم ابن ادریس در سرائر تصریح می کند که این نظر درست تر است و بر این بطلان، اجماع قائم شده است. این نظر در طول تاریخ نیز قائلین فراوانی دارد، در بین فقهای فعلی هم مرحوم آقای حکیم در منهاج الصالحین تصریح می کند به بطلان، مرحوم آیت الله خوئی هم همینطور، آیت الله وحید حفظه الله و آیت الله سیستانی حفظه الله هم قائل به بطلان هستند. در مقابل مرحوم امام و عده ای از فقهای قائل به صحت وقفا و شرطاً شده اند.

ادله قول به بطلان

در مقام به یک روایت استدلال شده است که درباره آن بسیار بحث شده است، حدود پنج دلیل دیگر هم وجود دارد. مرحوم صاحب عروه این ادله را ضعیف می داند منتهی ادله را ذکر کرده و وجه بطلان را به صورت اشاره وار بیان کرده است. به نظر من این ادله آنچنان ضعیف نیستند که قابل تأمل نباشند.

دلیل اول بطلان: تمسک به روایات

مرحوم شیخ حر عاملی رحمه الله در وسائل علی الظاهر یک روایت را نقل کرده است، ولی درواقع سه روایت وجود دارد که راوی اخیر در همه اسماعیل بن فضل است ولی طرق روایات تا ایشان مختلف است و به لحاظ عبارات نیز یکی از روایات با روایت نقل شده در وسائل الشیعه کاملاً مختلف است ولی دیگری مقدار اندکی تفاوت دارد.

اصل بر متعدد بودن روایات است

برخی احتمال می دهند اینها یکی باشند. مرحوم آیت الله فاضل رحمه الله قائلند که در این موارد دلیل بر تعدد روایات نداریم لکن حق این است که اصل بر تعدد روایات است. خصوصاً که سلسله روات روایات نیز گاهی مختلف اند، و یک راوی نیست. بنابراین معلوم نیست که دلیل داشته باشیم که اینها یکی باشد. گرچه مضامین مشترک است، اما مگر اشکالی دارد. الان ما در زندگی عادی مان می بینیم افراد متعدد و حتی فرد واحدی (چون راوی اخیر در اینجا واحد است) در زمانهای مختلف یک سوال را از مرجعشان می پرسند و با اختلاف یسیر پاسخ می شنوند و البته گاهی اختلاف پاسخها فراوان است می آیند سؤال از مرجعشان می کنند در زمانهای مختلف و جواب می شنوند. بنابراین دلیلی وجود دارد که اینها حتماً یک روایت بوده و به طرق مختلف یک روایت نقل شده است. حالا باید بخوانیم و ببینیم. در وسائل علی الظاهر فقط یک روایت آمده است، البته من فحص نکرده ام ولی روایتها از تهذیب است و ما روایت را از تهذیب می خوانیم.

روایت اول: روایت محمد بن سنان

در تهذیب با مقدمه آقای غفاری که چاپ جدیدتر تهذیب است صفحه ۱۵۷، روایت چهاردهم از ابواب وقوف و صدقات:

بررسی اجمالی وثاقت محمد بن سنان

در سند روایت آمده: «یونس بن عبدالرحمن عن محمد بن سنان عن اسماعیل بن الفضل».

مرحوم غفاری این روایت را خیلی ضعیف می داند، چون راوی وسط محمد بن سنان است نه عبدالله بن سنان. محمد بن سنان را برخی ضعیف می دانند ولی اختلافی است و به نظر ما ضعیف نیست. ادله مختلف برای ضعف ایشان بیان شده است. برخی رجالیان در باره ایشان گفته اند کذاب، وضاع، ولی عده ای از آنها ناشی از آن است که ایشان را صاحب غلو یا طیر می دانند. برخی از حرفهای ایشان واقعا غلو نیست که نیاز به بحث دارد. بنابراین بحث احراز وثاقت محمد بن سنان بحث دشواری است، ادله مختلفی برای هر دو طرف وجود دارد و از ائمه علیهم السلام نیز مطلبی در مدح ایشان وارد شده است لذا مساله متضارب شده است.

«قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت الى شيء من مالى فأنا احق به، ترى ذلك له و قد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة، قال يرجع ميراثا على اهله»^۱.

یک فقره از این روایت محل بحث اصلی ما است، و فهم مراد از فقره دیگرش قدری دشوار است و احتمالات مختلفی در آن وجود دارد. برخی قائلند این روایت و دو روایت دیگر دال بر صحت اند نه بطلان، و لذا علاوه بر اختلاف اقوال در خود فهم از این روایات هم اختلافی عجیبی وجود دارد.

نحوه استدلال قائلین به بطلان به روایت

کسانی که قائلند این روایت دال بر بطلان است می گویند صورت مسئله این است که شخصی بعض مالش را تصدق می کند که تصدق را در اینجا وقف دانسته اند همانطور که در باب وقف تعبیر صدقه شایع است. علاوه بر اینکه در روایت دیگری عبارت «من أوقف أرضاً» آمده که مشابه این روایت است و در آن روایت نیز اسماعیل بن فضل از امام صادق علیه السلام نقل می کنند. بنابراین ظاهراً این روایت راجع به وقف است و مراد از این صدقه و تصدق، وقف است.

پس شخصی وقف می کند بخشی از مالش را «فی حياته» یعنی در زمان خودش، نه اینکه وصیت به وقف کرده باشد. «فی كل وجه من وجوه الخير» اینجا در ادامه روایت دارد «قال» که بعضی میگویند علی القاعده باید «و قال» می آمد. چون این قال کلام همین رجلی است که تصدق کرده است. «و قال: إن احتجت» خود این واقف که تصدق ببعض ماله می گوید اگر من محتاج شدم به شیئی از مالم احق به آن باشم. اولاً سؤال این است که «تری ذلك له و قد جعله الله؟» آیا می تواند چنین شرطی کند؟ وقتی این مال را برای خدا قرار داده می تواند بگوید که اگر من نیازمند شدم أنا احق بها، یا چنین حقی ندارد؟

در ادامه آمده «یکون له فی حياته». چندین وجه برای معنای این عبارت ذکر شده که بیان خواهیم کرد. به عنوان یک تفسیر و یک معنا فعلاً عبارت را به صورت ابتداء به سوال در نظر می گیریم. یعنی «أیکون له فی حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة» یعنی آیا این شیء می تواند در حیات او واقع بشود یعنی شرط حاصل شود و او منتفع شود

^۱ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، ص: ۱۳۵

از این مال و وقتی هم که از دنیا رفت برگردد میراث شود، یا اینکه یمنی صدقه و وقف باقی می ماند؟ امام علیه السلام در پاسخ می فرمایند: «یرجع میراثا علی اهل» این برمیگردد میراث بر اهلش می شود.

کسانی که قائل به بطلان اند می گویند: اگر شرط و وقف صحیح باشد وجهی ندارد که یرجع میراثا علی اهل. باید بفرمایند: یمنی صدقه. چون فرض نشده است که الان حاجت برای او رخ داده است. پس نکته استدلال این است که امام علیه السلام به صورت مطلق فرموده اند «یرجع میراثا علی اهل» یعنی علی آئی تقدیر یرجع میراثا، چه خارجا طرو حاجت بشود و چه نشود. و معنای این نظر این است که وقف صحیح نیست. چون اگر وقف صحیح باشد که یرجع میراثا معنا ندارد.

پس این روایت این معنایش روشن است. حال تا بعدا اشکالاتش را عرض کنیم.

روایت دوم: موثقه ابان بن عثمان

روایت دوم، روایت ۵۲ این باب وقوف و صدقات از تهذیب است، این روایت را بخاطر ابان بن عثمان یا موثق حساب می کنند یا صحیح. روایت این است:

«الحسین بن سعید عن فضاله عن أبان عن اسماعيل بن فضل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، و قال: إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته فأنا أحق به، أ له ذلك و قد جعله الله، و كيف يكون حاله إذا هلك الرجل، أ يرجع ميراثا أو تمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثا على أهله.»^۱

سوال می کند از کسی که «یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر» که عبارت با روایت قبل یکسان است در اینجا تعبیر «و قال» که در آن روایت آمده بود «قال» که عبارت «وقال» درست تر است. در ادامه آمده «إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته» این من غلته در این روایت اضافه است که باعث شده برخی معنای خاصی از این روایت برداشت کنند که به آن می رسیم. «فأنا أحق به، أ له ذلك و قد جعله الله؟» با اینکه وقف کرده و آن را برای خدا قرار داده می تواند بگوید اگر محتاج شدم سزاوارتر باشم به این مال؟ در آنجا عبارت «یکون له فی حیاته» داشت که بنابر هر صورت

^۱ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، ص: ۱۴۶

معنا مشکلی دارد که عرض خواهیم کرد ولی در اینجا مقصود روشتر است زیرا فرموده اند «وکیف یكون حاله إذا هلك الرجل أ یرجع میراثا أو یمضی صدقة؟ قال یرجع میراثا علی اهله».

نحوه استدلال به روایت دوم

این فقره ای که الان به ما ربط دارد که فرمود «یرجع میراثا علی اهله» با روایت محمد بن سنان مشترک است لذا کیفیت استدلال نیز مانند همان روایت است. روایت اطلاق دارد اینکه واقف گفته باشد «إن احتجت» و بعد هم «طراً له الحاجة» و اگر گفتیم رجوع لازم است رجوع هم بکند هیچکدام در کلام امام نیست بلکه امام مطلقاً فرموده اند: «یرجع میراثا علی اهله». یعنی هر فرضی که شما کرده باشی یرجع میراثا. و به بیانی که عرض کردیم این وقف لامحاله باید باطل باشد، حبس هم باید باطل باشد زیرا امام از اول می فرمایند یرجع میراثا بدون هیچ تقدیر و قیدی.

روایت سوم: موثق قاسم بن محمد

روایت سوم از اینها بهتر است چون سؤالی در آن نیست. الحسین بن سعید عن القاسم بن محمد و ابان عن اسماعیل بن الفضل، که بعضی ها گفته اند معمولاً قاسم بن محمد از ابان نقل می کند، «و ابان» نباید باشد بلکه «عن ابان» باید باشد. حالا این خیلی اثری ندارد. علی ای حال روایت صحیح است یا موثق است به همان بیان قبلی.

«عن ابی عبدالله علیه السلام قال: من اوقف ارضاً ثم قال إن احتجت إليها فأنا احق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث»^۱.

اینجا دیگر کلام رجلی که وقف کرده و بعد سؤال و جواب خاصی کرده باشند نیامده است. عنوان وقف هم در روایت آمده، بعد واقف گفته اگر من محتاج شدم احق به این مال باشم، سپس این واقف به رحمت خدا رفت امام می فرمایند این مال به میراث باز می گردد. گوئی اینجا سؤالی از امام نکرده اند فقط امام یک کبرایی را فرموده اند که فإنها ترجع إلى الميراث.

^۱ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، ص: ۱۵۰

نحوه استدلال به روایت سوم

وجه دلالت این روایت نیز مانند روایت اول است. «فإنها ترجع الى الميراث» مطلق است، این نیست که فقط بر فرض اینکه ثم طراً الحاجة و رجع الرجل. به میراث برگردد بلکه با از دنیا رفتن واقف، به میراث باز می گردد. نتیجه اینکه مضمون و کیفیت دلالت این سه روایت تقریباً یکی است.

اشکال به استدلال به این سه روایت با ذکر احتمال خلاف

برخی اشکال کرده اند که: این روایت دلالتش بر صحت بیشتر از دلالتش بر فساد است. زیرا شاید دلیل اینکه يرجع میراثا این باشد که طراً الحاجة. مرحوم صاحب عروه به این صورت اشکال می کنند و برخی از فقهاء قبل تر نیز همین اشکال را بیان فرموده اند. گفته اند در واقع مضمون روایت این است که واقف گفته است که إن احتجت اليه فأنا احق به، ثم طراً الحاجة پس غایت حاصل است و وقف باطل می شود و يرجع میراثا که این طبق قاعده است. پس روایت اظهر است در صحیح بودن شرط و وقف. یعنی واقف می گوید اگر من محتاج شدم احق باشم. حال محتاج شده لذا احق شده و وقف به خاطر حصول غایتش باطل شده پس يرجع میراثا علی اهله. پس فرض روایت این است که عند زوال الوقف بحصول الغاية يرجع میراثا، نه قبل از حصول غایت تا دلالت بر بطلان کند. مرحوم سید می فرمایند:

«و فيه أنه يمكن أن يكون المراد من الخبرين أنه إذا شرط ذلك ثم حصلت الحاجة وعاد اليه ثم مات يرجع میراثا و لا يبقى وقفا، و حينئذ يكون دليلاً على الصحة ولذا استدل بعضهم بهما على القول الاول (صحت وقف و شرط)»^۱

اینجور استدلال عجیب است. برای اینکه شما دارید زحمت می کشید یک فقره حسابی را وسط روایت می گنجانید و اضافه می کنید. معلوم است شما با یک نعم و لا می توانستید کل یک روایت را به هم بریزید. مگر اینطوری هم می شود که از خودتان وسط روایت بگذارید و بعد بگوئید روایت عوض شد. کجا همچنین چیزهایی دارد؟ شما از خودتان دارید اضافه می کنید. و عجیب است که عده ای از فقهاء معاصر هم همین روایت را بعینه گرفته اند و بعینه هم همین جواب سید را داده اند و فکر کرده اند تمام شده است. نه، واقعا در روایات دیگر هم شما همین کار را می کنید؟ مثلاً اگر سؤال کردند که این پاک است؟ امام فرموده بود نعم، بگوئید نه، فرموده اند نعم لا يطهر. آیا واقعا اینطوری است. یعنی شما می توانید

^۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۲

یک لا یواشکی بگذارید وسط روایت که کلاً معنای روایت را عوض کند! شما الان دارید کاری می کنید که اصلاً معنای روایت عوض می شود.

جواب از اشکال بر استدلال به روایت

به نظر ما اینکه روایت می گوید «یرجع میراثا علی اهله» یک معنای کنائی است، مثل آنچه در باب اشتراط قبض در وقف علی الاولاد آمد که اگر کسی وقف کرد بر اولاد «إن كانوا قد ادركوا» اگر این اولاد بالغ باشند و قبض کرده باشند وقف درست است «والا کان میراثا».

آنجا همه همین را فهمیدند که کان میراثا یعنی وقف باطل است. و لذا گفتند قبض شرط صحت وقف است. چون عبارت و الا کان میراثا یعنی لم یصح الوقف و کان میراثا. اینجا هم که گفته می شود یرجع میراثا علی اهله این یک معنای کنائی است، یعنی چه؟ یعنی وقف باطل است بنابراین یرجع میراثا علی اهله.

پس یک اشکال این است که خیلی عجیب است که می فرمایند «يمكن أن يكون المراد ...». مگر می توان ظهور روایات را با يمكن أن يكون المراد به هم زد؟ ظهور روایت این نیست که مستشکل می گوید. بلکه تنها یک احتمال ثبوتی است. در تمام ظواهر ما احتمالات ثبوتی خلاف هم می دهیم. لعل در عالم ثبوت این باشد ولی با لعل که ظهور به هم نمی خورد.

اشکال در استدلال به خاطر ذکر تعبیر «یرجع» در یرجع میراثا

بله! یک شبهه ای می کنند می فرمایند: تعبیر یرجع میراثا علی اهله که در هر سه روایت بود، این تعبیر چرا یرجع گفته اند. اگر وقف صحیح نباشد و حبس هم صحیح نباشد و از اول باطل باطل باشد، خب در ملک مالک هست. پس یرجع میراثا یعنی چه؟ یرجع میراثا ظاهرش این است که یک وقفی واقع شده، حالا به خاطر این جهاتی که گفته شد یرجع میراثا. آنوقت مجبوریم آن تقدیر را بگیریم، که بگوئیم طراً الحاجة و وقف منحل شد بحصول الغایة وبعد یرجع میراثا.

جواب از اشکال

جواب این است که: این عبارات، عبارات عرفی است. یرجع میراثا ممکن است به لحاظ این باشد که واقف خیال می کرده وقف تمام شده است، بعد امام می فرماید نه وقف باطل است پس یرجع میراثا. یعنی به لحاظ آن انتظار اولی که واقف داشته که وقف کرده و انتظار داشته وقف درست باشد یا می تواند اینطوری عمل کند امام می فرماید نخیر یرجع

میراثا، این وقف درست نیست. البته دقت کنید دو روایتی که در آن سؤال هست دو تا سؤال وجود دارد یکی اینکه آیا می تواند اینطور شرط کند و دیگری اینکه اگر شرط کرد بعدش چه می شود. امام به سؤال اول اصلا جواب نداده اند و تنها فرموده اند يرجع میراثا. البته با این بیان به التزام جواب سؤال اولی هم داده می شود چون می فرمایند این شرط درست نیست. پس امام در پاسخ به «أ له ذلک» می فرمایند «له ذلک» یعنی شرط اشکال ندارد و می تواند شرط کند ولی وقف با این شرط باطل می شود؟ پس معنای «له ذلک» این نیست که وقف درست است، بلکه بدین معنا است که می تواند شرط کند ولی با این شرط و وقفش باطل می شود و يرجع میراثا. پس پاسخ امام این است نه اینکه او را از این کار منع کنند و بفرمایند «لیس له ذلک». نه این نیست. گوئی امام علیه السلام در پاسخ به «أ له ذلک» فرمود «نعم له ذلک» و وقفش باطل است.

مثل اینکه در آن بحث قبض بگویند قبل از قبض أ له ذلک که قبض نکند و وقف باطل باشد؟ امام بفرماید نعم له ذلک و يرجع میراثا. اگر در آنجا کسی می گفت که آیا می شود این اولاد بالغ قبض نکنند و اگر قبض نکردند چه می شود؟ امام فرموده يرجع میراثا، که جواب او را هم داده که بله می توانند قبض نکنند و وقف هم باطل می شود. یعنی آن اقتضائی که داشت حاصل نمی شود و دیگر وقف صحیح نیست.

پس لولا این بستر خاص ممکن بود کسی از «يرجع میراثا» استفاده دیگری کند ولی با توجه به این بستر خاص به نظر می آید که يرجع میراثا وجه عرفی دارد که شواهدی نیز دارد. مثلاً در بحث وقف علی من ینقرض که بحث کرده اند بعد الانقراض هل يرجع الی الواقف أو ورثته أم لا. حتی عده ای از فقهاء که این عقد را حبس می دانند گفته اند مراد از این «يرجع» «يرجع الی الواقف» است. حتی آنهایی که وقف را صحیح می دانستند و می گویند لم یخرج عن ملکه باز هم بعضی شان تعبیر يرجع الی الواقف دارند. چرا مسامحات اینطوری می کنند؟ اینجور تعبیر می آید و به نظر ما هیچ اشکالی هم ندارد.

خلاصه بحث روایی

من فکر می کنم این روایات (حالا سه روایت باشد یا یک روایت، مهم نیست) مضمونشان دال بر بطلان است بالاطلاق، که يرجع میراثا علی اهلہ چه طرو حاجت بشود و چه نشود. به نظر من این دال بر بطلان است و از این جهت دلالتش مشکلی ندارد.

توجیه هایی برای جمله «یکون له فی حیاته» در روایت اول

نسبت به تعبیر «یکون له فی حیاته» که فقط در روایت اول آمده بود یعنی روایت چهاردهم تهذیب، مرحوم علامه مجلسی در ملاذ الاختیار که شرح تهذیب است فرموده:

یک احتمال این است که: یکون له فی حیاته را استیناف یک سؤال دیگر بگیریم. یک سؤال کرد که «تری ذلک له و قد جعله لله؟» یک سؤال دیگر این است که «یکون له فی حیاته» آیا می تواند در حیات خودش منتفع بشود و بعد هم که از دنیا رفت يرجع میراثا؟ سؤالش اینطور باشد.

بعد ایشان گفته یک احتمال دیگر هم دارد که بگوئیم «یکون له فی حیاته بیان لاسم الاشارة». یکون له فی حیاته بیان باشد برای تری ذلک له، یعنی آیا این می تواند برای او باشد.

احتمالی دیگری نیز ایشان بیان کرده و می فرماید «و قوله فإذا هلك استینافا لسؤال الآخر»^۱ یعنی باز در «فإذا هلك» استیناف سؤال دیگری شده است. که «إذا هلك الرجل أ يرجع میراثا أو یمضی صدقة» که از اینجا استیناف سؤال باشد نه از «یکون له فی حیاته».

حالا این واقعا تأثیر زیادی در بحث ما ندارد. بحث ما مربوط است به تعبیر يرجع میراثا علی اهله. خصوصا که دو روایت دیگر هم از چنین تعبیری خالی است. برای فهم حدیث لازم است تأملی در این جهت بشود ولی تأثیری در نتیجه بحث ندارد.

این راجع به روایت.

ادله غیر روائی بر بطلان این وقف

اما ادله ای که غیر از روایت برای بطلان ذکر کرده اند:

^۱ ملاذ الاختیار فی فهم تهذیب الأخبار؛ ج ۱۴، ص: ۴۱۰

دلیل اول: مخالفت با مقتضای وقف

یک دلیل این است که گفته اند: شرط مذکور منافی مقتضای وقف است، که مقتضای وقف بقاء ابدی است. وقتی می گوئید مال با حصول حاجت بازگردد به واقف این مخالف اقتضای وقف است.

اشکال صاحب عروه به دلیل اول

مرحوم سید جواب داده اند: «و فيه أن هذا مقتضى إطلاقه لا مطلقه». مقصود این است که این دوام و ابدیت مقتضای اطلاق است، یعنی به شرط اینکه وقف مطلق باشد و قیدی نداشته باشد و نگفته باشد الی مدة اگر گفتیم صحیح است یا وقف علی من ینقرض نکرده باشد یا مثل همینجا شرط نکرده باشد که تا زمان طرو حاجت باشد؛ اگر این قیود را نیاورده باشیم لازمه اطلاق وقف که بگوید وقت علی الفقراء والمساكين، ابدیت است. ولی لازمه مطلق الوقف نیست. چرا؟ برای اینکه وقف حصصی دارد، یک حصه اش مطلق است، و یک حصه اش مقید است به مثل انقراض یا طرو حاجت. حصص مختلف دارد. پس ابدیت لازمه مطلق الوقف نیست. لازمه یک حصه ای از آن است که آن حصه ای است که اطلاق دارد. بنابراین استدلال شما ناتمام است.

پاسخ اشکال صاحب عروه

منتهی ما که قبلاً مبنایمان را اختیار کردیم، ما قبلاً گفتیم که تقیید به هر جوری چه به صورت الی مدة باشد (مثل الی سنة) یا علی من ینقرض، به دلیل اینکه ما عموم مصححی نداریم موجب بطلان وقف می شود مگر در بحث من ینقرض که به نظر اجماع خاصی وجود دارد. و الا در اینجا ما چنین دلیلی نداریم. زیرا اختلاف عجیبی در بین فقهاء وجود دارد و اجماع هم از هیچ طرف محصل نیست و نقل اجماع نیز متضارب و متعارض است.

لذا چون دلیل مصححی نداریم اصالة البطلان در اینجا محکم است، و حق هم با آنهاست که می گویند چون منافات دارد با ابدیت، و چون در غیر ابدی صحت وقف ثابت نیست پس اشکال دارد. که به نظر من این حرف خوبی است و اشکال ندارد.

چند استدلال دیگر هم هست که انشاءالله فردا عرض می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- ۵۴۶ خلاصه مباحث گذشته
- ۵۴۷ ادله جواب داده شده در کلام صاحب عروه
- ۵۴۷ دلیل دوم: رجوع به وقف علی النفس
- ۵۴۷ رد دلیل دوم توسط صاحب عروه
- ۵۴۸ اشکال به رد صاحب عروه
- ۵۴۹ دلیل سوم: این وقف موجب تعلیق است.
- ۵۴۹ رد سوم دوم توسط صاحب عروه
- ۵۴۹ اشکال به رد صاحب عروه
- ۵۴۹ تعلیق بقاء با تعلیق اصل تفاوتی ندارد.
- ۵۵۰ اصل الوقف تفاوتی با بقاء الوقف ندارد.
- ۵۵۲ خلط بحث اثباتی و ثبوتی
- ۵۵۲ دلیل چهارم: منافات با ادله عدم جواز رجوع در صدقه.
- ۵۵۲ رد دلیل چهارم توسط صاحب عروه.
- ۵۵۳ اشکال به رد صاحب عروه
- ۵۵۳ دلیل پنجم: بازگشت این وقف به شرط الخیاری که اجماعاً باطل است.
- ۵۵۴ رد دلیل پنجم توسط صاحب عروه.
- ۵۵۴ اشکال به رد صاحب عروه
- ۵۵۵ اشکال اصلی بر صاحب عروه و من وافقه خلط بین مقام ثبوت و اثبات است
- ۵۵۶ نتیجه بحث
- ۵۵۶ حق در مسئله.

خلاصه مباحث گذشته

بحث در وقفی بود که واقف در آن شرط کند که عند الحاجه عین موقوفه به او بازگردد. اقوال فقهاء گذشت و روشن شد که اختلاف نظر جدی در بینشان وجود دارد تا جایی که دو اجماع متضارب نقل شده بود از فقهاء سابق از ابن ادریس و سید مرتضی، تا زمان حاضر. عجیب این است این اختلاف نظر کاملاً وجود دارد، و اینطور نیست که قائلین به یک نظر

از قائلین به دیگری افزون باشد. ادعا شده است که اکثر قائل به صحتند ولی با نگاه به تاریخ مساله روشن می شود که این ادعا درست نیست. حتی کیفیت استنباط حکم از روایاتی که ذکر شده محل اختلاف است.

روایات را خواندیم، به نظر ما روایات دال بر بطلان وقفیت هستند. هر چند نسبت به جهات دیگر مطرح در روایات باید بحث می کنیم ولی نسبت به وقف علی الظاهر جمله «یرجع میراثا» کاشف از بطلان است.

ادله جواب داده شده در کلام صاحب عروه

مرحوم صاحب عروه استدلالهایی را نقل می کنند که قائلند این استدلالها ضعیف اند. ایشان در چند سطر به اختصار به بیان و رد آنها می پردازند. بررسی این ادله که به نظر ما چندان نیز ضعیف نیستند باقی ماند که به آن می پردازیم.

دلیل اینکه ایشان این ادله را ضعیف می دانند این است که به آن نکته ای که ما در اول بحث آوردیم توجه نکردند. گفتیم وقتی می گویند «إذا وقف و شرط عوده الیه عند الحاجة» باید مراد از این «شرط» روشن شود. آیا منظور شرط فی ضمن عقد است یا وقف الی غایه، یا به معنای معلق بودن وقف بر چیزی است. اتفاقاً همین استدلالها هر کدام نشان می دهد مبنایشان یکی از این امور است. و بر خلاف مرحوم سید به نظر ما برخی از اینها استدلالها متین اند البته روی مبنای خودشان. یکی از اینها را جلسه قبل بحث کردیم.

دلیل دوم: رجوع به وقف علی النفس

دومین استدلال این است که: «منها: إنه یرجع الی الوقف علی النفس».

این وقف شیء و شرط رجوعش عند الحاجة به وقف علی النفس برمی گردد، زیرا خود واقف قصد استفاده از این عین را دارد لذا رجوع به نفس می شود.

رد دلیل دوم توسط صاحب عروه

ایشان در اشکال به این دلیل فرموده اند: «و فيه أن مقتضاه زوال الوقفية عند الحاجة لا الاحقية مع بقاءه علیها»^۱.

اشکال ایشان این است که ما صحت را به این صورت تصویر کردیم که عین موقوفه، وقف است تا زمان طرؤ حاجت و در زمان طرؤ حاجت، وقف منثلم و گسسته می شود و وقفی در کار نیست. پس کسی که با این شرط وقف می کند نمی گوید که من با وجود وقفیت احق باشم تا بفرومائید این وقف بر نفس است. در زمانی که حاجت حاصل شود دیگر وقفی نیست تا رجوع به نفس شود.

تارة وقف هست و در ظرف بقاء وقف، واقف می گوید من احق باشم. اینجا می شود وقف بر نفس. اخری وقف باطل شده است. در فرض بطلان وقف عین به ملک واقف باز می گردد و او در ملک خویش تصرف می کند و از آن استفاده می کند و پس از او يرجع میراثا و ربطی به وقف بر نفس و انتفاع واقف از عین موقوفه ندارد.

اشکال به رد صاحب عروه

جواب از این حرف این است که: بله روی فرض اینکه شرط، بیان غایت باشد فرمایش شما درست است، ولیکن شرط به دو صورت دیگر هم متصور بود: یکی شرط فی ضمن العقد، مثل اینکه بیع کند و در ضمن آن شرط کند که لباسش را نیز بدوزد. در اینجا بیع تمام است و فراتر از این بیع، شرط در ضمن بیع اخذ می شود، ارتباطش به بیع همین قدر است که در ضمن او است، نه غایتی برای بیع است و نه تعلیقی برای بیع که بیع روی فرض این شرط باشد. بنابر این تصویر وقف تمام است، و این شرط در ضمن وقف است. لذا می شود استفاده شخص واقف و احقیقت او نسبت به عین موقوفه. در روایت نیز که می گوید أنا احق، واضح است که این شرط، نفعی برای خودش دارد. وقف هست و نفعی برای او دارد. و این اشکال دارد؟

پس به نظر می آید آنهایی که به صحت این وقف اشکال کرده اند و به دلیل دوم بر بطلان تمسک کرده اند تصویرشان این است که وقف هست و شرط واقف، شرطی در ضمن وقف است، که بازگشتش به اثبات نفعی برای خود واقف است در حین اینکه وقف هست. لذا اشکالشان وارد است و جواب صاحب عروه نیز درست نیست چون دیگر اشکالی به تصویر آنها نیست. اینکه ایشان می فرماید طرؤ حاجت غایت است و با حصول غایت وقف از هم می پاشد و منثلم می شود، یک فرض بحث است. اما اگر شرط، فی ضمن العقد باشد دیگر به این صورت نیست. شرط خیاطت ثوب نمی آید بیع را از هم پاشد و از بین ببرد. بلکه با وجود بیع این شرط فی ضمن البیع است. ولذا اثرگذار است، والا اگر بیع از بین برود اصلا شرط فائده ای ندارد، چون شرط ابتدائی می شود و فائده ای ندارد. اینجا هم همینطور است.

بنابراین جواب مرحوم سید روی یک فرض مساله است و شامل دو فرض دیگر نمی شود.

دلیل سوم: این وقف موجب تعلیق است

دلیل دیگری که ایشان ذکر می کنند این است که این وقف موجب تعلیق وقف بر عدم حاجت است: «ومنها: إنه یوجب التعلیق، فإنه حیثئذ علقه علی عدم الحاجة.»

رد سوم دوم توسط صاحب عروه

ایشان به این دلیل جواب می دهند: «و فيه أنه علق بقاءه لا اصل الوقفية»^۱.

این را توجه کنید این اشکالاتی که داریم می خوانیم در کلمات فقهاء هست، اینطور نیست که تخیل باشد. عده ای واقعا گفته اند این برگشتش به تعلیق است. ایشان جواب می دهد، می گوید این تعلیق نیست، تعلیق اصل وقف نیست، بلکه تعلیق بقاء وقفیت است.

اشکال به رد صاحب عروه

این هم جوابی است که به نظر ما روی بعضی از فروض اشکال دارد.

تعلیق بقاء با تعلیق اصل تفاوتی ندارد

تعلیق بقاء یعنی چه؟ بقاء، عبارت است از وجود بعد الوجود. وقتی ما وقف را تعلیق می کنیم، هم بقائش و هم اصلش تعلیق می شود. در اینجا ما با ایشان دو بحث داریم: اولاً تعبیر شما دقیق نیست. به نظرم واضح است که نظر ایشان به همان فرضی است که مد نظر خودشان و مرحوم امام در متن تحریر و خیلی از ناظرین به کلام امام است، که برگشت این شرط، به غایت است. یعنی با این شرط می خواهد وقف کند از حالا تا زمان طرو الحاجة، لذا تنظیر کرده اند به وقف علی من ینقرض که انقراض، نقطه غایت است در اینجا هم طرو الحاجة می شود نقطه غایت.

خب اگر این تصور هست ما در جوابش دو حرف داریم: حتی بنابر تصویر شما آیا درست است بگوئیم که بقاء معلق است و اصل وقف معلق نیست؟

۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۳

اگر بنا باشد که طرو الحاجة غایت باشد، تعلیق نیست. غایت غیر از تعلیق است. غایت آن نقطه ای است که آمد وقف به انتهاء می رسد. و اقتضاء وقف در اینجا تمام می شود، این غیر از این است که بگوئیم وقف معلق بر چیزی است. اگر من گفتم یک خطی از این نقطه ادامه دارد تا این نقطه، این معنایش این نیست که این را معلق کرده اند بر چیزی، بلکه این تا این نقطه است.

این حرفی است که باید در جای خودش بیشتر تنقیح کنیم که تعلیق غیر از مغیی شدن به غایت است. گرچه شما ممکن است بگوئید که لازمه اش این است که حکم عدمش معلق باشد بر وجود، یا وجودش معلق بر عدم باشد. لازمه اش این است. ولی اینها چیزهایی نیست که در خود جعل باشد. این جعل حالا چه مولای عرفی باشد و چه شخصی که وقف را ایجاد می کند فرق است بین اینکه من انشاء کنم تملیک الی غایه را و بین اینکه بگویم تملیک من معلق است. این یک نکته است.

اصل الوقف تفاوتی با بقاء الوقف ندارد

ثانیا: ما این را نمی فهمیم یعنی چه که می گویند اصل الوقف معلق نیست بقاءش معلق است. اصل الوقف کدام است؟ وقف یک امر مستمر است، نهادهایی که جعل می شوند در جامعه یک حالت استمرار دارند. حتی در بیع و در دیگر معاملاتی که انشاء متصرم اند، به نظر می آید باید یک معامله معنوی که باقی است را در نظر بگیریم. ما نمی توانیم بگوئیم بیع متصرم است و تمام شد. پس الان ما چه چیزی را مالک هستیم. اگر بنا باشد بیع عبارت باشد از عقد و عقد عبارت باشد از انشاء ایجاب و قبول، و انشاء هم عبارت باشد از ایجاد المعنی باللفظ؛ روشن است که لفظ متصرم است، ایجادش هم متصرم است، انشائش نیز متصرم است، بنابراین عقد متصرم است. خب یک لحظه عقد تمام شد، پس باید بگوئیم بعدش بیع نیست. ولی هیچوقت ما نمی توانیم این حرف را بزنیم. چرا؟ چون به نظر می آید عقلاء که عقد را موضوع ملکیت قرار می دهند نمی آیند عقد لفظی متصرم را موضوع قرار بدهند. بلکه گوئی برای عقد یک عقد معنوی هم در نظر می گیرند که متصرم نیست. یک ایجاد تملیک و قبولی که متصرم نیست و در ظرف زمان دوام دارد نیز تصور می کنند. لذا عقد را باقی می دانند. دلیل ما بر این مدعا این است که بعد از عقد می گویند ما این عقد را فسخ کردیم. مگر عقد متصرم، فسخ کردن دارد؟ خودش منفسخ هست و خودش منقطع هست. چه چیزی را فسخ می کنند؟ همان اصوات والفاظی که تمام شد؟ آنها که فسخ ندارد.

پس عقدی که انشاء می شود علاوه بر این الفاظ متصرم در نزد عقلاء یک بقاء معنایی هم دارد لذا می گویند عقد باقی است، و با فسخ این عقد معنایی را از بین می بریم. عقلاء اعتبار می کنند که عقد هست. کدام عقد؟ لفظ را که نمی گویند هست. می گویند ایجاب و قبولی داریم که مستمر است و باقی است. پس ایجاب و قبول یک نحوه بقاء معنوی هم دارد. عرض ما این است که وقتی شما می آید عقد را معلق می کنید، تعلیق اصل و تعلیق بقاء یعنی چه؟ یک عقدی داریم به نام وقف، که این عقد بقاء دارد. مستمر است. وقتی من وقف می کنم، بعد از انشاء وقف باقی است. چه چیزی باقی است؟ همان وقف باقی است. لذا اگر طرو حاجت شد می گوئیم اصل وقف باقی است. مگر خودتان نمی گوئید غایت وقف حاصل شد؟ کدام وقف؟ وقفی که متصرم بود؟

البته در ناحیه مسبب که روشن است اینها تصویر دارند، مسبب ها بقاء دارند که آن روشن است، ما در ناحیه خود عقد داریم می گوئیم. می گوئیم عقد وقف را که معلق می کنید تنجیز را که در عقد شرط می دانید آیا مال همان لحظه اول است، یا اینکه نه تنجیز همیشه شرط است؟ در لحظه دوم هم شرط است، لحظه سوم نیز شرط است. یعنی وقف نباید معلق باشد. اگر وقف مقام سبب است، باید بگوئیم عقلاء و عرف عقد معنایی را دائم می دانند تا زمان فسخ و تا زمان حصول غایت. و اگر مقام مسبب بدانیم که روشن است که یک امر مستمر است.

حال سؤال این است که: شما در جواب شبهه برگشت به تعلیق فرمودید: و فیه أنه علق بقاءه لا اصل الوقفیه. ما در وقف، اصل و بقاء نداریم، ما یک انشاء وقف داریم. بفرمائید که ما وقتی این را مغیی می کنیم معلق می شود. خب دیگر اصل و بقاء ندارد. یک عقد مستمر است. اگر هم مسبب را معلق کرده باشیم که آن هم همینطور است.

خلاصه عرض ما این است که این تصویر که اصل وقف معلق نیست بقائش معلق است، این زمانی تصویر می شود که بین اصل و بقاء فرق بگذارید. در حالی که در انشاء وقف بین اصل و بقاء فرقی نیست. من یک وقف را ایجاد می کنم، از حالا مستمر است للتالی تا زمانی که اگر مغیی به غایت است غایتش حاصل شود یا فسخ شود. که حالا در وقف ما فسخ به معنای خیار نداریم که خیار داشته باشیم، ولی در عقود دیگر مثل صلح و امثال آن هست.

پس عرض ما این است که: اینجور معاملات چه اسم باشند برای مقام سبب و چه اسم باشند برای مقام مسبب، علی الظاهر یک استمراری دارند که اگر معلق شد، این وقف مستمر معلق می شود، نه اینکه بگوئیم اصلش یک جور است و بقائش یک جور دیگر. اصل و بقائش از هم جدا نیست.

این یک نکته.

خلط بحث اثباتی و ثبوتی

نکته دوم این است که: مرحوم صاحب عروه بحث اثباتی را با بحث ثبوتی خلط کرده اند. یعنی چون در اصل مسئله این خلط را انجام دادند. وقتی کسی عود مال عند الحاجة را شرط می کند، خود این فرد از اول دارد وقفش را بر عدم طرو حاجت معلق می کند، مانند اینکه بگوید وقت هذا إن جاء رأس الشهر. همانطوری که آنجا مجیء رأس شهر را شرط می گذارد و وقف را معلق بر آن می کند، در اینجا هم همینطور است، و واقف، وقف را بر عدم طرو الحاجة معلق می کند.

در اینجا به یک معنا بحث اثباتی است که آقای واقف چه کاری انجام می دهد. شما از اول در متن بحثتان گفتید يرجع هذا الشرط الى جعل الطرو غایتا. می گوئیم این را از کجا می فرمائید؟ سه تا محتمل دارد، اینکه این طرو الحاجة غایت باشد، اینکه طرو الحاجة شرط باشد به معنای معلق علیه باشد، اینکه طرو الحاجة شرط فی ضمن العقد باشد، با همه اش می شود. شما از کجا یک دفعه این فرض را در آوردید؟

پس این جواب بر اساس یک محتمل دیگر هم نادرست است، آن احتمال اینکه از اول تعلیق باشد.

دلیل چهارم: منافات با ادله عدم جواز رجوع در صدقه

و از جمله ادله گفته اند: «ومنها أنه مناف لما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة.» اشکال این است که این شرط رجوع، مخالف با آن ادله ای است که می گویند در صدقه رجوع نیست. اگر بگوئیم يرجع عند الحاجة این رجوع می شود.

رد دلیل چهارم توسط صاحب عروه

وفیه أنه تحديد لمقدار بقائه صدقة.^۱

ایشان به این دلیل دو اشکال کرده:

اولا فرموده این، تحديد مقدار بقاء صدقه است، که صدقه تا اینجا است و بعد طرو حاجت صدقه از بین میرود. پس اینطور نیست که در ظرفی که صدقه هست من رجوع می کنم. نه، صدقه اصلا تا همینجا است. و ثانيا وقف اگر با قصد قربت نباشد اصلا صدقه نیست.

۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۳

اشکال به رد صاحب عروه

جواب این حرف قبلا داده شد. بلکه اگر بازگشت شرط به غایت باشد همین است که می فرمائید، ولی یک فرض غایت بودن است، اما فرض های دیگر هم دارد. بستگی دارد که وقتی می گوید شرط عوده عند الحاجة چکار کرده است. اگر شرط فی ضمن العقد باشد که یکی از فروضی بود که ما کردیم، در این صورت اشکال مستشکل وارد است. چرا چون صدقه هست، و با وجود صدقه شما در آن شرط می کنید برگشتش را. خب این نمی شود و خلاف صدقه است.

نسبت به اشکال جواب دیگری ایشان فرمودند مبنی بر اینکه: وقف اگر با قصد قربت نباشد اصلا صدقه نیست. باید گفت این یک بحث مبنائی است که ما در وقف قصد قربت را شرط می کنیم یا نمی کنیم. ایشان چون اطلاقات را قبول دارد، در وقوف اینکه دائر مدار قصد واقف هست یا در اوفوا بالعقود و امثال آن، چون ایشان عمومات و اطلاقات را قبول دارد {وقف را اعم از صدقه می داند و حصه وقف ملازم با قصد قربت را مصداق صدقه می داند} ولی ما در جای خودش گفتیم قصد قربت شرط است ولو از باب اینکه ما نمی دانیم بدون قصد قربت مسبب حاصل است یا نه.

پس اشکالات ایشان به این استدلال هم ناتمام است.

دلیل پنجم: بازگشت این وقف به شرط الخیاری که اجماعا باطل است

آخرین استدلالی که می خواهیم مطرح کنیم این است که: «و منها أنه يرجع الی شرط الخيار و لا یجری فی الوقف خيار الشرط و لا خيار الاشرط».

عده ای گفته اند اینکه شما می گوئید وقف می کنیم و شرط می کنیم عود الوقف عند الحاجة را، برگشتش به خيار شرط است، یعنی شرط کنیم که ما دارای خيار در معامله باشیم. بعد مستشکل می گوید نه چنین خیاری که ناشی از اشتراط الخيار است در کار است، و نه خيار الاشرط که ناشی از تخلف شرط است. هیچکدام در باب وقف نمی آید. نه خيار شرط به معنای خيار منبعث از شرط و نه خيار الاشرط ناشی از تخلف شرط، در باب وقف اجماع داریم که هیچکدام نیست.

رد دلیل پنجم توسط صاحب عروه

مرحوم سید صاحب عروه می فرماید: تمام این چیزهایی که شما می گوئید از باب تصویری است که خودتان دارید. این آن چیزی نیست که ما گفتیم. ما نگفتیم که رجوع عند الحاجة به صورت شرط فی ضمن العقد باشد تا شما بگوئید شرط خیار در وقف معنا ندارد. بلکه به عنوان غایت است، و مع طرو الحاجة غایت حاصل می شود و وقف تمام می شود. «و فيه أن مقتضاه (مقتضای شرطی که ما گفتیم) زوال الوقفية و عوده ملكا فهو غاية لها لا أن يكون له الخيار في الفسخ و عدمه»^۱.

اشکال به رد صاحب عروه

جواب ایشان عرض شد که شما تنها یک فرض را در نظر می گیرید، و این از اشکالات نحوه طرح مسئله است. حق مسئله این بود که اول مسئله می گفتند اگر کسی وقف کرد و شرط کرد رجوعه عند الحاجة این سه محتمل دارد، و لازمه هر احتملی را می گفتند. این حرفی که ایشان می گوید که لا أن يكون له الخيار في الفسخ و عدمه، این همان چیزی است که عده ای از فقهاء گفته اند. یعنی آنها هم فهمشان چیزی غیر از شما بوده است. حالا در یک صفحه بعد یا کمتر از یک صفحه خود ایشان می گوید: آنهایی که در طی این مباحث فرموده اند که آیا به صرف طرو الحاجة این وقف مثلم می شود و تمام می شود یا باید اختیار رجوع هم کند، ایشان می فرماید این برگشتش به این است که اگر بخواهد اختیار رجوع کند باید ما شرط کرده باشیم حق فسخ او را و حق خیار را، و بعد هم می فرماید که این خلاف اجماع است.

یعنی همین حرفی که ایشان اینجا زده، آنجا در جواب کسانی می دهد که می گویند اگر این باشد لازمه اش این است که ما حق فسخ اخذ کرده باشیم، این خلاف اجماع است، می گوید مگر اینکه بگوئیم اجماع تخصیص می خورد به مورد.

ببینید بحثها دارد قاطی می شود. شما اول باید تعیین تکلیف بفرمایید که بر چه اساسی دارید صحبت می کنید. شرط عود الحاجة را چی معنا کردید؟ غایت معنا کردید یا شرط فی ضمن العقد معنا کردید یا شرط معلق علیه العقد معنا کردید؟ هر کدام یک حساب دارد.

۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۳

اشکال اصلی بر صاحب عروه و من وافقه خلط بین مقام ثبوت و اثبات است

عرض ما این است که این استظهاری که مرحوم سید فرموده و مرحوم سید اصفهانی هم در متن وسیله دارد و مرحوم امام هم در تحریر فرموده اند تا حدودی ناشی از استظهار اثباتی ایشان است در حالی که ثبوت می شود یک چیزهای دیگری باشد. و یک حدی هم ناشی از این است که به تاریخ مسئله نیز مراجعه نکرده اند، و گرنه بسیاری از فقهاء تصریح کرده اند و حتی سید مرتضی صاحب انتصار که محکم مدافع صحت این وقف است به نحو وقفیت، ایشان می فرماید إن لم یطراً الحاجة ولم یختر. یعنی اختیار را نیز در موضوع برگشت وقف داخل کرده است. و لم یرجع و لم یختر و امثال این الی ماشاء الله در کلمات فقهاء هست.

این بزرگواران این کلامات را چه می کنند؟ اینهمه استظهار مخالف را چگونه توجیه می کنند.

پس عرض ما این است که آنهایی که لم یختر را فرموده اند به صرف غایت گفته اند لم یختر؟ اینکه سوء ظن به فقیهی مثل علامه حلی است که لم یرجع را بیان کرده یا مثل سید مرتضی با آن دقتهایی که در بحث عقلی دارد. بگوئیم اینها غایت را طرو گرفته اند، و معنای شرط هم این است که غایت باشد، در عین حال هم گفته اند لم یختر. آیا می شود همچنین چیزی؟ برای من تصور سخت است. عقلانی تر این است که به ایشان نسبت دهیم که بگوئیم اصلاً شرط را گاهی غایت ندیده اند. شرط فی ضمن العقد دیده اند. شما بقیه امورتان را درست کنید. آنجایی که می فرمائید مخالف وقف نیست، اینها را درست کنید.

خود سید مرتضی در جواب کسی که گفت این خلاف مقتضای وقف است، نیامد بگوید این آمد است و تمام می شود. بلکه گفت در دو فرض وقف قطع نمی شود، که طرو حاجت نشود، و طرف هم از دنیا برود و لم یختر الرجوع. گفت در این دو فرض وقف باطل نمی شود، پس خلاف مقتضا نیست. البته این حرف اشکال داشت که سر جایش عرض کردیم. ولی این را می خواهم عرض کنم که اگر بنا بود طرو الحاجة محضاً غایت باشد خب یک کلمه می فرمود که این غایت است و شرط فی ضمن العقد نیست که شما بفرمایید که شرط خیار است. این را می توانستند بگویند ولی نگفتند. و خودش هم تعبیر لم یختر دارد، یعنی قبول دارد که اختیار هم دخیل است، و شما هم قبول دارید که اگر اختیار دخیل باشد باید به شکل شرط خیار باشد، یعنی باید شرط کرده باشند اختیار واقف را در ضمن عقد. این را شما قبول دارید.

نتیجه بحث

پس نتیجه این شد که به نظر ما مجموع قرائنی در کلمات فقهاء در طول تاریخ این مسئله نشان می دهد تصویر آنها از شرط عند الحاجة یا قطعا این نبوده که حضرت امام و هم نظرانشان می فرمائند، یا اینکه باز نکرده بودند همینطور احتمالات مختلف در هم شده است.

حق در مسئله

و حق مسئله این است که اگر بخواهیم مسئله را طرح کنیم باید هر سه فرض را بیاوریم، و دست واقف است که چه چیزی قصد کرده است. بگوئیم اگر واقف این را قصد کرده که غایت است نتیجه اش این است، اگر معلق باشد از باب عدم تنجیز باطل است، اگر که شرط فی ضمن العقد باشد اگر آن شرط، شرط الخيار باشد، این اشکالش این است که اجماع داریم که باطل است. یعنی دلیل و صورت مسئله در هر کجا فرق می کند.

این تمام کلام در فرمایش مرحوم سید و جوابهایی که ایشان داده و اینکه ما چطور باید عمل کنیم.

دنباله همین دو فرع باقی مانده که تطبیقاتی است که جلسه آینده انشاء الله طرح می کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

نکات مسئله ۲۱: مباحث مربوط به وقف به شرط عود عند الحاجة..... ۵۵۷

نکته اول: خصوصیت یا عدم خصوصیت شرط حاجت ۵۵۷

عدم فرق بین شرط حاجت و بقیه شروط از نظر صاحب عروه ره..... ۵۵۷

مراد سید ره از مقتضی القاعدة عمومات است..... ۵۵۸

علت تمسک به مقتضی القاعدة..... ۵۵۸

نکته دوم: معیار حاجت ۵۵۹

خلط مقام ثبوت و اثبات در کلام سید ره..... ۵۶۱

نکته سوم: توجیه قول به صحت حبسا علی فرض بطلان وقف ۵۶۲

از نظر مرحوم سید قول به حبس توجیه ندارد ۵۶۲

حکم به حبس در صورت موت واقف و عدم طرو حاجت ۵۶۳

نکات مسئله ۲۱: مباحث مربوط به وقف به شرط عود عند الحاجة

بحث ما در اصل مساله ۲۱ که مربوط به وقف با اشتراط عود وقف عند الحاجة بود تمام شد. ولی چند نکته مربوط به حواشی این مساله باقی مانده است:

نکته اول: خصوصیت یا عدم خصوصیت شرط حاجت

نظر ما در این مساله بطلان وقف با اشتراط عود در هنگام حاجت شد مطلقا اما کسانی که این وقف را تصحیح کردند آیا شرط حاجت خصوصیتی دارد یا هر امری را می تواند شرط کند؟

عدم فرق بین شرط حاجت و بقیه شروط از نظر صاحب عروه ره

این بحث جالبی است، تا جائی که من دیده ام دیگران این فرع را طرح نکرده اند، مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی آن را ذکر نکرده است و حضرت امام در تحریر نیز متعرض آن نشده اند ولی مرحوم صاحب عروه به آن می پردازد. ایشان

می فرماید: «ثم بناء على ما ذكرنا من الصحة وقفا بمقتضى القاعدة لا فرق بين أن يجعل الغاية هي الحاجة أو غيرها كما إذا قال وقفت على الفقراء و إن قدم زيد فأنا احق به»^۱. تا به حال گفتیم شرط این بود که «إن احتجت فأنا احق بها»، حالا می گویند «إن جاء زيد فأنا احق بها». واقف شرط را امر دیگری غیر از حاجت قرار می دهد.

به نظر صاحب عروه از جهت اینکه شرط چه چیزی باشد تفاوتی ندارد و هر شرط دیگری مانند حاجت است لذا به نظر ایشان وقف صحیح است و وقتی آن شرط حاصل شود، وقف به پایان می رسد و عین موقوفه باز می گردد به ملک واقف.

مراد سید ره از مقتضی القاعدة عمومات است

منتهی ایشان کلامی دارد که باید در آن دقت نمود، ایشان می فرماید: «ثم بناء على ما ذكرنا من الصحة وقفا بمقتضى القاعدة لا فرق بين ...». این «بمقتضى القاعدة» را چرا اینجا فرمودند؟

ظاهراً مقصودشان از این تعبیر، عمومات اوفوا بالعقود و همینطور الوقوف على حسب ما يقفها اهلها است که قبلاً هم به همینها تمسک کردند فرمودند این چنین وقفی على القاعدة است.

علت تمسک به مقتضی القاعدة

به نظر می رسد وجه اینکه ایشان قید می زند به مقتضی القاعدة، این است که برخی ها در این مساله برای قول به صحت به روایات خاصه ای که بیان شد تمسک کرده اند. که البته ما همانند عده ای از فقها به آن سه روایت برای اثبات بطلان وقفیت تمسک کردیم. از اوائل بحث این مطلب را بارها بیان کردیم که در تمسک به روایات نیز اختلاف نظر عجیبی وجود دارد. بعضی ها برای اثبات صحت از این باب به این روایات تمسک کرده اند که وجه «یرجع میراثا» را این می دانند که قبل از مرگ واقف، عین موقوفه ملک او شده، پس وقف درست است که یرجع میراثا. اگر مستند صحت، این روایات باشد در روایت، شرط دیگری غیر از احتیاج نیامده است بلکه در هر سه روایت آمده که واقف گفته است «إن احتجت فأنا احق بها» لذا شما نمی توانید شرط دیگری را جایگزین حاجت کنید.

^۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۴

پس به نظر می رسد ایشان بر روی «بمقتضی القاعده» تأکیدی دارند که اگر ما قائل به صحت وقف با اشتراط شرطی غیر حاجت شدیم به مقتضای قاعده است نه به مقتضای روایات خاصه. چون اگر «اوفوا بالعقود» شامل وقف تا غایت شود و آن را تا آن غایت تصحیح کند فرقی نمی کند که این غایت حاجت باشد یا معیء زید باشد. ولی اگر مستند صحت، روایات باشد، مانند ما که جریان اوفوا بالعقود را در وقف قبول نداریم چون عقد بودن وقف روشن نیست، و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را هم قبول نداریم چون می گوئیم واقف مشروع نیست و بعد از فراغ از این بحث است که وقف تمام شده باشد ناظر به نفوذ شرائط دیگری است که ممکن است در وقف اخذ شود، نه آن چیزهایی که از مقومات خود وقف است.

لذا اگر مستند صحت منحصر در روایت شد، در هر سه روایت فقط بحث احتیاج آمده است و با وجود این نکته دیگر وجهی ندارد که ادعا شود که بین حاجت و بین شروط دیگر فرقی نیست. بله اگر حسب قاعده باشد فرقی نیست. نتیجه اینکه آنها که این وقف را مانند ما باطل می دانند که این بحث را ندارند اما آنانی که صحیح می دانند باید معین کنند که صحت را از باب عمومات می گویند یا از باب روایت. اگر از باب عمومات باشد فرقی نمی کند که شرط، حاجت باشد یا چیز دیگری باشد، ولی اگر از باب روایت باشد باید بین حاجت و دیگر شرائط تفصیل قائل شوند.

نکته دوم: معیار حاجت

نکته دوم: راجع به بحث حاجت است. در کلمات فقهاء متعدد این نکته آمده است که مقصود از این حاجت چیست؟ اگر گفت «إن احتجت فانا احق بها» معیار این حاجت چیست؟

این بحث بسیار مهم است، چون بنا بر این شد که اگر احتیاج طاری و عارض شد، وقف مثلم شود و غایت وقف تمام شود لذا این مهم است که آن حاجتی که موجب انثلام وقف است کدام است؟

برخی معیار حاجت را این دانسته اند که مستحق زکات باشد. یعنی مؤونه سنه اش را نداشته باشد. بعضی گفته اند معیار حاجت این است که قوت یوم و ليله اش را نداشته باشد و این آدم محتاج است. و عده ای از فقهاء گفته اند هیچکدام از اینها معیار نیست، معیار این است که عرفاً صدق کند که محتاج است. مرحوم سید هم در تکلمه عروه همین را می پذیرد و می گوید معیار این است. فقهاء متعددی این را بحث کرده اند و خیلی ها هم که قبول دارند گفته اند بحث عرفی است. اگر به او محتاج صدق کند غایت وقف حاصل است و وقف مثلم می شود و الا نه.

مرحوم سید نکته ای را بیان می کنند که ما این بحث را به خاطر آن نکته مطرح کردیم. ایشان می فرمایند باید این نکته را ملحوظ کنیم که حاجت به خصوص این عین موقوفه باشد نه مطلق حاجت. چون ممکن است انسان فی حد نفسه محتاج باشد اما صدق نکند که محتاج این وقف است. مانند اینکه نیاز به ما یحتاج زندگی دارد ولی این حوائج بدون سؤال و مؤونه و منت بر طرف می شود. لذا این فرد محتاج هست اما محتاج به گرفتن خصوص وقف نیست، چون احتیاجش با چیز دیگری مانند پول جبران می شود.

عبارت ایشان که البته در طبعی که در اختیار ما است ظاهراً اشکال تاییدی هم دارد این است: «ثم إن المدار في الحاجة إذا أطلقها هو العرف، و إن عین كيفية خاصة تعینت». این روشن است، اگر خودش احتیاج را معنا کند هر چه تعیین کند همان است. مانند اینکه بگوید اگر دو هفته پول نداشتم یا غذایی برای خوردن نداشتم این احتیاج است. و الا اگر مطلق بگذارد معیارش عرف است.

ایشان در ادامه می فرمایند: «ولا وجه لما قيل من أنها صيرورته الى حد استحقاق الزكاة ولا ما قيل من عدم مالکيته مقدار قوت يوم و ليلة (چون این دو قول دلیل ندارد)، و المناط صدق الحاجة الى العين الموقوفة لا الحاجة مطلقاً، (در ادامه در متن طبع ما آمده است): فقد لا يكون محتاجاً في نفسه و ليس له شيء الا أنه يحصل له من الوجوه من غير مؤونة تعب أو منة ففي نفسه محتاج لكن لا يصدق أنه محتاج الى الوقف و اخذ العين الموقوفة، فهذا لا يكفي في العود ملكاً».^۱

پس باید احتیاج به وقف داشته باشد تا عین موقوفه به ملکش بازگردد نه مطلق احتیاج.

اینکه عرض شد عبارت مشکل دارد همین عبارت است که: «فقد لا يكون محتاجاً في حد نفسه و ليس له شيء الا...». این عبارت غلط است، ظاهراً «لا» زائد است و «فقد يكون» صحیح است یعنی «فقد يكون محتاجاً في حد نفسه و ليس له شيء الا أنه يحصل له من الوجوه من غير مؤونة تعب أو منة ففي نفسه محتاج لكن لا يصدق أنه محتاج الى الوقف».

می فرمایند: ملاک، صدق حاجت به عین موقوفه است نه حاجت مطلق که واقف محتاج باشد مطلقاً. باید احتیاج خاص به گرفتن عین موقوفه داشته باشد. «فقد يكون محتاجاً في نفسه» گاهی انسان فی نفسه محتاج است «و ليس له شيء»، چیزی هم ندارد و محتاج است، الا اینکه بدون منت و بدون مؤونه يحصل له من الوجوه چیزی که احتیاجش را دفع می کند. در این صورت با اینکه فی حد ذاته محتاج است ولی صدق نمی کند که محتاج به این وقف است، چرا؟ برای اینکه

^۱ تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۰۴

احتیاجش به چیز دیگری جز تصرف در عین موقوفه برآورده می شود. لذا چنین حاجتی آن غایت را برای عود عین موقوفه به ملک درست نمی کند.

این هم نکته ای است که باید روی آن تأمل کرد.

خلط مقام ثبوت و اثبات در کلام سید ره

به نظر می رسد در اینجا خلطی صورت گرفته است. شبیه همان خلطی که در اصل مسئله برای مرحوم سید و دیگران رخ داده بود. در اینجا نیز میان بحث ثبوتی با بحث اثباتی خلط شده است. چه کسی گفته است اگر کسی بگوید «إن احتجت فأنا احق بها» که در متن روایت آمده بود، معنایش احتیاج به خصوص وقف است؟ ما باید ببینیم مراد واقف که این شرط را آورده است چیست؟ ممکن است مرادش مطلق احتیاج باشد.

شاید توجیه مرحوم سید این باشد که در متن روایت می فرماید: «إن احتجت الی شیء من مالی» و مراد از این احتیاج؛ احتیاج خاص است، چون در صدر روایت اول آمده است «تصدق ببعض ماله فی حیاته» وقتی بعد از آن می گوید «إن احتجت الی شیء من مالی» یعنی همین مالی که وقف کردم نه مطلق احتیاج به مال پس موضوع روایت، احتیاج به شیء من ماله هست. در روایت دوم هم احتیاج «الی شیء من مالی أو من غلة» یعنی غله ارضش آمده است. در روایت سوم هم دارد إن احتجت الیها فأنا احق بها. پس ممکن است نظر ایشان به این باشد.

ولی به نظر می رسد جواب این توجیه روشن است. مرحوم صاحب عروه که دلیل تصحیحشان نسبت به این وقف از باب این روایات نبود تا بگویند در روایت فقط احتیاج به وقف ذکر شده، مطلق احتیاج ذکر نشده. ایشان این وقف را به مقتضای قواعد تصحیح کردند. فرمودند: وقف یک عقد است که «اوفوا بالعقود» شامل آن می شود. در اینجا که وقف غایتی دارد، مغیا به همان غایت تحت اوفوا بالعقود قرار می گیرد و صحیح است. و لذا فرمودند: «ثم بناها علی ما ذکرنا من الصحة وقفا بمقتضى القاعدة». یا فرمودند «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» شامل این وقفی که واقف آن را تا غایتی قرار داده است می شود. حال اگر دلیل صحت عمومات است ما باید ببینیم واقف چه قصدی کرده است. شاید قصد واقف مطلق احتیاج باشد. می گوید من این را وقف کردم تا زمانی که مطلق احتیاج عارض من شد نه احتیاج به خصوص وقف.

پس مرحوم صاحب عروه که این عقد را علی القاعدة تصحیح می کنند نباید بفرمایند معیار و مناط، صدق حاجت به عین موقوفه است. مگر ایشان از اندرون واقف خبر دارند که چه اراده کرده است؟ شاید واقف قصدش این باشد که مطلق الاحتیاج غایت است، نه احتیاج به عین الموقوفة.

علاوه بر اینکه ایشان باید بحث را ثبوتی انجام می دادند، می فرمودند: ثبوتاً غایت دو مصداق دارد، حاجت مطلق و حاجت خاص که همان حاجت الی العین الموقوفة است. هم باید این تفکیک ثبوتی را انجام می دادند. و هم اگر کار به مقام اثبات رسید معلوم نیست اثبات با ایشان موافق باشد. اگر شخص بگوید «وقف هذا الدار و إن احتجت فأنا أحق بها» و نگوید «و إن احتجت إليها» چه کسی گفته این احتیاج، احتیاج خاص است؟ پس بحث اثباتی هم همیشه با ایشان موافق نیست. بله! اگر همانطور که در برخی روایات آمده بگوید «إن احتجت إليها» یا «الی شيء من مالی» ممکن است بتوانیم این نظر را تصحیح کنیم چون در روایات فقط همین صورت ذکر شده و ما صحت را خلاف قاعده می دانیم، پس فقط در همین صورت صحیح است و در موارد دیگر باطل است. البته عرض شد که ما این روایات را دال بر صحت نمی دانیم بلکه دال بر بطلان می دانیم و علی القاعده هم این وقف را باطل می دانیم، لذا تکلیف ما روشن است. ولی ایشان که به روایات تمسک نکردند و علی القاعده صحیح دانستند باید تقسیم شقوق کنند نه اینکه بفرمایند: «و المنطوق صدق الحاجة الی العین الموقوفة». بله در جایی که واقف تصریح کند به حاجت الی الدار، این حرف درست است و گرنه دلیلی بر مدعای ایشان وجود ندارد.

نکته سوم: توجیه قول به صحت حبس علی فرض بطلان وقف

نکته دیگر این است که در کلمات فقهاء زیاد آمده که صحت وقفا را نفی کردند، حال یا ادعای اجماع کرده اند مانند مرحوم ابن ادریس و مرحوم علامه حلی و دیگران و یا همین به همین روایات تمسک کرده اند که اطلاق «یرجع میراثاً» کشف می کند که وقف نیست.

لکن بسیاری از این بزرگواران حبس را صحیح دانسته اند؟ سؤال این است که قول به حبس چگونه توجیه می شود؟

از نظر مرحوم سید قول به حبس توجیه ندارد

مرحوم سید فرموده قول به حبس توجیه ندارد. چون عمده دلیل بر صحت حبس علی القاعده این است که دوام شرط برای وقف است، و چون این شرط در اینجا منتهی شده، وقف صحیح نیست و حبس است.

ولی ایشان این استدلال را صحیح نمی داند زیرا اولاً: دوام را شرط نمی داند.

البته ما لزوم دوام در وقف را قبول داریم ولی ایشان نمی پذیرد. ما قائلیم اگر وقف را محدود به «الی مدة» کند باطل است زیرا اجماع بر بطلان آن وجود دارد اما اگر مانند وقف علی من ینقرض باشد اشکال ندارد. در وقف الی طرو الحاجة نیز ممکن است کسی بگوید مانند وقف علی من ینقرض است که قبلاً بیان شد چنین تشبیهی نیز شده است.

ثانیا: اگر وقف را تملیک بدانیم یا در وقف، خروج از ملکیت را لازم بدانیم، حرف ایشان این است که اگر وقف باطل شد وجهی ندارد که حبس باشد. چون واقف، قصد حبس که نکرده بود، قصد وقف کرده بود، و اگر وقف باطل شد وجهی ندارد که حبس باشد.

«واما القول بالصحة حبسا فلا وجه له الا دعوى اعتبار الدوام فى الوقف و قد عرفت منعه، مع أن المفروض أنه قصد الوقفية فلا وجه لجعله حبسا، بل لابد على قولهم بطلانه مع عدم الدوام بناء على كون الوقف تمليكا»^۱.

اگر بگوئیم دوام شرط است و وقف تملیک است، چون این وقف باطل است قصدی تملیکی که از واقف صادر شده است واقع نمی شود و دلیلی نیز بر تحقق حبس نداریم زیرا حبس عنوان مستقلى است که دلیل بر وقوعش وجود ندارد.

حکم به حبس در صورت موت واقف و عدم طرو حاجت

مطلب بعد در این ارتباط با حکم مساله در صورت موت واقف با عدم طرو حاجت است. کسانی که قائل به حبس شده اند، یک فرض این است که بگویند این عقد تا زمان طرو الحاجة حبس است و وقتی حاجت آمد دیگر حبس هم نیست و يرجع الیه. یا طرو الحاجة را قید کنند به همراه موت، یعنی «إذا طرأ الحاجة و مات» در این صورت عین موقوفه برمیگردد. اما یک فرض این است که که طرو حاجت نشود و واقف از دنیا برود. حکم این وقف چه می شود؟ مرحوم سید می فرمایند مرحوم میرزای قمی در پاسخ بعضی سؤالهایی که از ایشان شده فرموده اند: «يرجع ميراثا مطلقا و لو لم يطرأ الحاجة». ایشان به میزای قمی اشکال می گیرند و قائلند این نظر وجهی ندارد. اگر حاجت محقق نشده است چرا با موت بازگردد و میراث شود؟!

ما قبلا در لابلای کلمات به صورت جمله معترضه بعضی حرفها را آوردیم، دو بیان وجود دارد که ما یکی از آنها را قبول داریم. به نظر ما که این عقد کلا باطل است بخاطر کنائی بودن تعبیر و يرجع میراثا. اما آنهایی که در رجوع نحوه ای از صحت می بینند، به این صورت که وقف نیست، ولی وقتی می گوید يرجع میراثا، یعنی یک حادثه ای رخ داده که حالا برمیگردد، پس باید حبس باشد. حرف مرحوم سید این است که وجه اینکه يرجع میراثا بدون طرو حاجت چیست؟! می گوید این وجهی ندارد و تمام بودن فرمایش میرزای قمی مشکل است. به نظر ایشان تنها راه این است که ما بگوئیم روایات،

^۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۳

دال بر صحت شرط هست، منتهی باید مقیدش کنیم به طرو الحاجة. یعنی از دنیا برود و قبلش طراً الحاجة. والا مشکل می شود که مطلقاً بگوئیم برگردد بدون طرو الحاجة. چون واقف مگر وقف نکرده، خب وقف الی هذا المدة هست طرو حاجت نشده باید للتالی وقف باشد. کما اینکه عده ای از فقهاء به این نتیجه تصریح کرده اند و می گویند وقف صحیح است الی زمان طرو الحاجة. پس اگر زمان طرو الحاجة نیامد اصلاً، من محتاج نشدم الی أن مات، این وقف باقی است و بقیه هم باید آن را رعایت کنند.

منتهی دو تا بیان وجود دارد: یک بیان که قدری دشوار است این است که عده ای گفته اند اصلاً موت حاجت است. آدم وقتی می میرد صاحب الحاجة می شود، مثل اینکه بیچاره می شود از همه چیز لذا بر او محتاج صدق می کند. و لذا طرو الحاجة شده و غایت هم حاصل شده با نفس موت. هم موت است و طرو الحاجة است پس دیگر وقف نیست فیرجع میراثاً.

منتهی این واقعا حرف عجیبی است، آدم وقتی از بدن آزاد شد دیگر چه معنا دارد بگوئیم محتاج است؟ وقف را می خواهد چه کند؟ بلکه انسان وقتی مرد آزاد می شود از این بدن و نیازهای این بدن. بله نیازهای دیگری هست که در عوالم دیگری است ولی ربطی به این وقف و اینها ندارد. و لذا صاحب جواهر می فرماید این حرف مثل خرافه و بی مبنائی است. اما یک بیان دیگر وجود دارد و آن تمسک به روایات است. روایات اطلاق دارد. این روایاتی که ما تا به حال خواندیم، اگر گفتیم که با وجود این روایات وقف معنا ندارد، چون اطلاق این روایات می گوید يرجع میراثاً چه طرو الحاجة بشود و چه نشود. این خودش نشان می دهد که دیگر وقف درست نیست.

ممکن است کسی بگوید به بعضی بیانات سابق اگر یاد دوستان باشد در مسالک و جای دیگر که وقف و حبس ماهیتاً یکی هستند، جاهایی که وقف به یک دلیلی مشکل دارد حبس ثابت بشود چیز غیر ثابت نشده است. این حرفها را ایشان در علی من ینقرض و جاهای دیگر داشتن و آن را در اینجا نیز قائل شوند. بگویند ما از این روایات می فهمیم که آن وقف صحیح نیست. چرا؟ چون امام علیه السلام به صورت مطلق فرموده اند «یرجع میراثاً» چه طرو حاجت بشود و چه نشود. از طرف دیگر گفته يرجع میراثاً، از این يرجع می فهمیم یک حادثه ای رخ داده و مضمونی محقق شده بطلان محض نیست، آن چیزی نیز که رخ داده است حبس است. منتهی روایت اطلاق دارد. پس دوستان دقت کنند اینکه مرحوم سید فرموده دلیل ندارد حرف صحیح نیست. روایت اطلاق دارد، که می گوید يرجع میراثاً چه طرو الحاجة بشود و چه نشود. عبارات روایت این است:

«قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال إن احتجت الى شيء من مالي فأنا احق به ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته؟ فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضي صدقة؟ قال يرجع ميراثا على اهله.»^۱

امام عليه السلام سوال اول را که پرسیده بود آیا در زمان حیاتش می تواند استفاده کند یا نه به هر دلیلی جواب نداده اند. ولی فرموده اند يرجع میراثا علی اهله. فرموده اند که بعد طرو الحاجة يرجع میراثا. اطلاق دارد یعنی چه طرو حاجت بشود و چه نشود يرجع میراثا. که به همین دلیل می گوئیم وقف درست نیست. اما حبس چرا درست باشد؟ از تعبیر يرجع بفهمیم یک چیزی رخ داده، یک چیزی هست که حالا می گویند يرجع. اصل ملک خارج نشده تا برگردد، اما باید نفعی یا چیزی از ملک طرف خارج شده باشد که حالا بگوئیم يرجع. از این جهت ما بگوئیم حبسش درست است. بنابراین حبس درست است و اطلاق هم دارد.

پس این فرمایش میرزای قمی و فقهای که به قول میرزای قمی این ادعا را کرده اند (که حالا دقیقا نمی دانیم چه کسی هستند ولی عده ای از فقهاء این ادعا را فرموده اند)، که و لو لم يطرأ الحاجة این حبس است و درست است و به موت هم برمیگردد حرف بی دلیل نزده اند.

اما نکته این است که مرحوم سید اطلاق روایت را نمی پذیرد: «بل اللازم بنا على دلالة الخبرين على الصحة تخصيص الرجوع الى الميراث بما إذا حصلت الحاجة».^۲

ایشان می فرماید اگر ما بخواهیم به این روایات برای صحت تمسک کنیم باید تقیید کنیم بما إذا حصلت الحاجة، ما نفهمیدیم وجه لزوم این تقیید چیست؟ چرا تقیید کنیم؟ ما روایتی داریم، روایت دستور فرموده اگر کسی وقف کرد وقید کرد که إن احتجت و بعد از دنیا رفت يرجع میراثا. که از این می فهمیم اولاً وقف نیست، ثانیاً از يرجع آن می فهمیم که حبس است، ثالثاً از اطلاقش می فهمیم طرو الحاجة لازم نیست.

پس به نظر من هیچ اشکالی هم در این مطلب وجود ندارد و اگر این روایات را دال بر صحت گرفتیم همین است. منتهی به نظر ما این يرجع میراثا کنایه است از بطلان. نظائرش را هم قبلاً عرض کردیم در مثل قبض و جاهای دیگر هم

^۱ تهذيب الأحكام: (غفاری) ج ۹، ص: ۱۵۷

^۲ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۰۴

بود. لذا اگر گفتیم باطل است که این بحثها هیچ کدام نمی آید. همانطور که ما عده زیادی از فقهاء قائل به بطلان هستند هم از فقهاء قدیم و هم متأخر و هم متأخر المتأخر تا برسد به زمان ما، اینها قائل به بطلان هستند، و به همین موازات هم عده ای قائل به صحت هستند. ما قائل به بطلان هستیم و این بحثها پیش نمی آید، ولی اگر کسی قائل به صحت شد مانند فرمایش میرزای قمی و فقهای که قائل شده اند که به موت يرجع میراثا به نظرم توجیه دارد.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۵۶۷

۵۶۸ اکثر فقها تنجیز را شرط وقف می دانند و مرحوم امام علی الاحوط شرط می دانند.

۵۶۸ دلیل اشتراط تنجیز در تمام عقود یکسان است

۵۶۹ اهمیت بحث از تعلیق بر شیء حاصل.

ادله اشتراط تنجیز ۵۶۹

۵۶۹ دلیل اول: اجماع

۵۷۰ عدم وجود مخالف صریح در اشتراط تنجیز.

۵۷۰ اهتمام به اجماعات قدمات.

نقل اجماع در کلمات فقهاء ۵۷۱

۵۷۱ عبارت مرحوم شهید ثانی.

۵۷۲ سوء برداشت از عبارت «لیس علیه دلیل بخصوصه» در مسالک.

۵۷۲ عبارات مرحوم سبزواری، مرحوم فیض کاشانی

۵۷۳ عبارات مرحوم بحرانی و مرحوم فخر الدین.

۵۷۴ تشکیک صاحب حدائق در اشتراط تنجیز در کتب قدمات

۵۷۴ عدم صحت نظر صاحب حدائق.

۵۷۵ ادعای اجماع بقسمیه در کلام صاحب جواهر ره

۵۷۶ تشکیک مرحوم آخوند و مرحوم صاحب عروه در وجود اجماع.

۵۷۷ بررسی نظر مرحوم آخوند و مرحوم صاحب عروه.

۵۷۸ اقامه سه دلیل بر رد اجماع توسط برخی فقهاء معاصر

نتیجه بحث: وجود اجماع بر اشتراط تنجیز و عدم احراز مخالف جزمی در مسئله ۵۷۸

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

بحث ما در مسئله ۲۲ تحریر است که مربوط به اشتراط تنجیز در وقف است.

مسئله ۲۲: یشرط فی صحة الوقف التنجیز علی الاحوط، فلو علقه علی شرط متوقع الحصول کمجبیء زید أو علی غیر حاصل یقینی الحصول فیما بعد کما إذا قال وقفت إذا جاء رأس الشهر، بطل علی الأحوط. نعم لا بأس بالتعلیق علی شیء حاصل سواء علم بحصوله أم لا، کما إذا قال وقفت إن کان الیوم جمعة و کان كذلك.^۱

اکثر فقها تنجیز را شرط وقف می دانند و مرحوم امام علی الاحوط شرط می دانند.

این مسئله راجع به اشتراط تنجیز در وقف است. مرحوم امام اشتراط را علی الاحوط می دانند اما بسیاری از فقها فتوای قطعی به اشتراط تنجیز می دهند. از زمان مرحوم محقق حلی و حتی قبل از ایشان مرحوم شیخ طوسی و دیگران به صورت جزمی تنجیز را شرط وقف دانسته اند و نفرموده اند علی الاحوط.

این یک نکته، که راجع به آن مفصل بحث می کنیم.

دلیل اشتراط تنجیز در تمام عقود یکسان است

نکته دیگر این است که هر چند در اینجا اشتراط تنجیز در وقف ذکر شده است، ولی این اشتراط هیچ اختصاصی به باب وقف ندارد و شامل همه عقود می شود مگر بر اساس مبنای اشخاصی مانند ما که قائلند در باب وقف اطلاقات و عموماتی برای تصحیح عقد یا ایقاع نداریم تا وقف چه عقد باشد یا ایقاع بتوانیم به آن تمسک کنیم. که در این صورت مقداری مسئله متفاوت می شود. و گرنه کسانی که قائل به تنجیز هستند در تمام عقود و ایقاعات یکسان می دانند؛ لذا یا دلیلی غیر اجماع ندارند و فقط به اجماع تمسک می کنند و یا اگر ادله ای آورده اند همانها را در تمام عقود ذکر کرده اند. در بحث وکالت هم که تنجیز را مطرح کرده اند همین مطالب را آورده اند. مرحوم شیخ انصاری هم در مکاسب وقتی بحث تنجیز در عقد بیع را مطرح می کند می فرماید ما در بیع و یا عقود خاصه، دلیل خاصی بر تنجیز یا بطلان تعلیق نداریم، همه جا یک دلیل است، دلیل خاصی نداریم.

اهمیت بحث از تعلیق بر شیء حاصل

یک نکته هم راجع به ذیل مسأله تحریر است است که فرموده اند: «لا بأس بالتعلیق علی شیء حاصل سواء علم بحصوله أم لا».

این هم فرعی مهمی است در ذیل بحث اشتراط تنجیز و بطلان تعلیق در معامله که اگر معامله را معلق کنند بر امری که در واقع حاصل باشد صحیح است. حال چه بگوئیم این صحت فقط در جائی است که در هنگام انشاء، علم به حصول شرط داشته باشد، یعنی وقتی می گوید وقفت إن کان الیوم جمعة، و امروز نیز جمعه هست عقد معلق را صحیح بدانیم در فرضی که عاقد نیز بداند که امروز جمعه است. یا اینکه چنین تقییدی را لازم ندانیم و به صورت مطلق همینکه عقد معلق شد بر یک امر حاصلی اعم از اینکه مُنشئ حصول آن را بداند یا جاهل به آن باشد به صرف حصولش در خارج، این انشاء صحیح است و معامله واقع می شود، چه عقد باشد و چه ایقاع. این دو نظر وجود دارد.

حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه این نظر دوم را می پذیرند، که اگر وقف را معلق کرد بر امر حاصلی، این عقد درست است علم بحصوله أم لا، کما إذا قال وقفت إن کان الیوم جمعة و کان كذلك.

ادله اشتراط تنجیز

حالا بیائیم از اصل مسئله شروع کنیم، دلیل بر اشتراط تنجیز چیست؟ به چند دلیل تمسک شده است.

دلیل اول: اجماع

عمده دلیل اجماع است.

مرحوم شیخ در مکاسب استدلالهای مختلفی را که بر بطلان تعلیق ارائه شده است مانند تعلیق بردار نبودن انشاء یا لزوم جزم یا فرمایش صاحب جواهر، آورده و همه را رد می کند که انصافاً رد شدنی نیز هست، مگر نکته ای که ما بعداً در بحث تعلیق در انشاء خواهیم گفت. تنها دلیلی که باقی می ماند اجماع است که مرحوم شیخ هم به آن اعتنا می کند. و در میان علماء ندیدیم کسی تا به حال مخالف باشد حتی در میان علمای معاصر حفظهم الله نیز بسیاری از افراد حتی احتیاطاً هم نفرموده اند و به صورت جزمی عقد معلق را باطل دانسته اند. و تنها افراد معدودی مانند حضرت امامند که احتیاطاً حکم به بطلان عقد معلق و اشتراط تنجیز می کنند.

عدم وجود مخالف صریح در اشتراط تنجیز

لذا علاوه بر اینکه ادعای اجماع شده است ظاهراً تحصیل اجماع نیز دشوار نیست و ما در مجموع آرائی که از قداماء تا به حال آمده چندان مخالفی ندیدیم. تا ببینیم آیا این اجماع قابل تمسک است یا اشکال دارد.

تقریباً واضح است که مرحوم شیخ به اجماع تکیه می کند و عقد معلق را باطل می داند. دیگران هم همینطور. بله برخی از فقهاء معاصر بعد از اینکه در این اجماع خدشه کرده اند گفته اند اقوی این است که تعلیق در وقف مشکلی ندارد که به آن نیز خواهیم پرداخت.

اهتمام به اجماعات قداماء

این نکته را در مباحث گذشته نیز متذکر شدیم که ما نمی توانیم از کنار اجماعات فقهاء به سهولت عبور کنیم. این روشی که برخی از علماء قریب به زمان ما مانند مرحوم سید و مرحوم آخوند برگزیده اند که گاهی بدون تتبع و گاهی هم با تتبعاتی حکم اجماعی را به صورت تشکیکی می آورند پسندیده نیست.

این بزرگواران در مواردی چون جرات مخالفت با اجماع را نیز ندارند و نمی توانند مثلاً مخالف اجماع، فتوی به عدم اشتراط تنجیز بدهند می فرمایند «إن تم الاجماع والا...» یعنی حکم را به صورت تشکیک می آورند. پس از ایشان نیز برخی از علماء یک مرحله از این تشکیک عبور می کنند و کلاً فتوای خلاف اجماع می دهند.

عجیب است، شما تاریخ این مسئله را که در فقه ببینید در می یابید که هیچ کس قائل به عدم اشتراط تنجیز نشده است. یا تصریح کرده اند به اتفاق و اجماع، یا اینکه مدعی اند خلافتی ذکر نشده و گفته اند بلاخلاف. یا اینکه حداقل نظر خودشان لزوم تنجیز و بطلان تعلیق است و هیچ کس مخالفت نکرده است.

حال شاید «بلاخلاف» عین اجماع نباشد، عدم خلاف عین قولی نیست که ما از آن اجماع بفهمیم. ولی خود آن بسیار مهم است. خصوصاً اگر فرض کنیم که مسئله مورد نظر مسأله ای مبتلا به مکلفین است که بعید است حکم آن در فتاوی فقهاء ذکر نشده باشد. لذا اگر مرحوم شیخ طوسی بفرماید بلاخلاف، این معنایش این نیست مسأله مورد نظر، مسئله ای است که اصلاً در مرآی و منظر فقهاء نبوده و به آن متعرض نشده اند و به این خاطر خلاف نشده است. مثلاً مسئله ای مانند تنجیز که به صورت گسترده در ابواب فقه ساری و جاری است و همه جا با آن سر و کار داریم چه در بیعها و صلحها و

چه در هبه و طلاق و نکاح، باید در جایی از فقه مطرح شده باشد و این طور نبوده که در هیچ جایی مطرح نشده باشد لذا ادعای عدم خلاف شده باشد.

پس اگر بگویید بالاخلاف، یعنی واقعا متعرض شده اند و خلاف نیست نه اینکه فقط از عدم تعرض بگوئیم خلاف نیست.

پس عرض ما این است که ما نمی توانیم از کنار این اجماعات به سهولت عبور کنیم، و بدون وجه در آن تشکیک کنیم که معلوم نیست این اجماع تمام باشد و در آن استبعاد کنیم، کما اینکه عبارت مرحوم آخوند را می خوانیم که می فرماید مستبعد است که در اینجا اجماع باشد و لو قالوا بعدم الخلاف، و لو قالوا بالاتفاق، البته منظورشان اجماع معتبر است چون شاید مستند اجماع ادله مطرح شده باشد و لذا اجماع مدرکی باشد.

ما در اجماع مدرکی به لحاظ کبروی بحث کردیم و حجیت آن را پذیرفتیم ولی به لحاظ صغروی این چه تشکیکاتی است که ما بگوئیم إن تم الاجماع. یعنی اجماع اصلا نیست. در حالی که این همه اقوال مختلف هست، حالا بعضی از تشکیکات در اجماع را می خوانیم که می بینید اینها وجهی ندارد.

نقل اجماع در کلمات فقهاء

اول کسانی که ادعای اجماع کرده اند را مطرح کنیم:

عبارت مرحوم شهید ثانی

مرحوم شهید ثانی در تمهید القواعد اموری را که قابل اشتراط و تعلیق هستند چند دسته کرده است. اشتراط یعنی شرط فی ضمن العقد باشد، تعلیق هم یعنی معلق باشد. گفته اند این امور مختلفند، برخی یقبل الشرط و التعلیق کالعتق، برخی دیگر یقبل التعلیق مثل الوصیة، و دسته ثالث ما یقبل الشرط و لا یقبل التعلیق علیه. یقبل الشرط یعنی می تواند شرط فی ضمن داشته باشد، کالبیع و الرهن والصلح و الاجاره، فإنها تقبل الشروط السائغة، کالبیع بشرط الرهن و الکفیل و نحوه، و الصلح و الإجارة كذلك، و الوقف علی أولاده ما داموا بوصف خاص، کالاشتغال بالعلم و القرآن أو الصلاح، أو علی أمهاتهم ما دمن فی داره أو لم یتزوجن، أو بناته كذلك.^۱

۱ تمهید القواعد الأصولية و العربية، ص: ۵۳۳، ۵۳۲

این عبارت ایشان بود.

این عبارت اینجا تعبیر اجماع ندارد ولی نظرشان را گفته اند. اما ایشان در مسالک تقریباً تعبیر اجماع دارند. ایشان در ذیل فرمایش محقق صاحب شرایع که گفته اند تنجیز شرط است، فرموده اند: «واشترط تنجیزه مطلقاً موضع وفاق کالبیع و غیره من العقود ولیس علیه دلیل بخصوصه».^۱

سوء برداشت از عبارت «لیس علیه دلیل بخصوصه» در مسالک

بعضی ها عجیب است، آمده اند همین لیس علیه دلیل بخصوصه را از مسالک آورده اند، گفته اند: «کما اعترف صاحب المسالک بأنه لیس علیه دلیل بخصوص». می گوئیم بله یعنی لولا جهت اجماع لیس علیه دلیل بخصوصه. و الا ایشان تصریح کرده است که «واشترط تنجیزه مطلقاً موضع وفاق». «موضع وفاق» بیش از «بلاخلاف» است. موضع وفاق یعنی توافق و تسامی بر این وجود دارد که تنجیز شرط در وقف است کما اینکه در بیع و غیره من العقود هم هست. پس این یک نحوه بیان اجماع است، یعنی نقل اجماع از ناحیه ایشان است.

عبارات مرحوم سبزواری، مرحوم فیض کاشانی

در کفایه سبزواری و مفاتیح فیض هم فرموده اند بلاخلاف. آنجا هم فرموده اند دلیل بالخصوصی نداریم ولی بلاخلاف.

مرحوم سبزواری در کفایه الاحکام فرموده: «السادس التنجیز و لا اعلم فيه خلافاً بین الاصحاب و لا اعلم فيه دليلاً واضحاً (یعنی دلیلی غیر از همین اتفاق نیست)، فلو علقه بما لا بد من وقوعه كمجىء رأس الشهر و هو المعبر عنه بالصفة أو بما يحتمل الوقوع وهو المعبر عنه بالشرط لم ينعقد».^۲

ایشان تصریح می کند که لم ينعقد، یعنی فتوی می دهد که لم ينعقد. بله می گوید ما دلیل واضحی بر آن نداریم الا همین عدم خلاف بین الاصحاب، ولی قبول دارد که لا ينعقد و تبطل.

۱ مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۵، ص: ۳۵۷

۲ کفایه الأحکام؛ ج ۲، ص: ۹/۱۰

حالا این اصطلاح صفت و شرط را هم ایشان معنا کرده است، گفته آنهایی که متوقع الحصول است و واقع می شود صفت، و آنهایی که محتمل الوقوع است می شود شرط. این اصطلاح در کلمات فقهاء نیز آمده است.

در مفاتیح الشرایع مرحوم فیض نیز شبیه به همین آمده، فرموده اند: «وکذا لاخلاف فی اشتراط التنجیز الا إذا علق بما یقع و هو عالم بوقوعه»^۱.

این هم یک مسئله ای است که ایشان مواردی را که عاقد علم به وقوع داشته باشد استثناء می کند.

عبارات مرحوم بحرانی و مرحوم فخر الدین

مرحوم بحرانی نیز در انوار اللوامع صراحتاً ادعای اجماع کرده است: «وبالجملة فاشتراط تنجیزه مطلقاً موضع وفاق ولیس علیه دلیل بخصوصه سوی الاجماع»^۲.

آنجایی هم که صاحب مسالک گفته بود لیس علیه دلیل بخصوصه چون قبلش تصریح کرده بود اتفاق را. سبزواری هم همینطور. بنابراین معلوم است که مقصودشان اجماع است. ایشان هم می گوید سوی الاجماع دلیل بخصوصه ندارد. ایشان هم تصریح به اجماع کرده است.

مرحوم فخر الدین هم در ایضاح ظاهراً ادعای اجماع کرده است. شیخ انصاری عبارت ایشان را نقل کرده است که: «و عن فخر الدین فی شرح الارشاد فی باب الوكالة أن تعليق الوكالة علی الشرط لا یصح عند الامامية وكذا غیره من العقود لازمة كانت أو جائزة، وعن تمهید القواعد دعوی الاجماع علیه»^۳.

البته در عبارت تمهید القواعد که ما خواندیم دعوی اجماع نبود، ولی مرحوم شیخ از تمهید القواعد شهید نقل می کند دعوی الاجماع علیه. و بعد مسالک را مطرح می کند که عبارت مسالک را خواندیم.

۱ مفاتیح الشرایع؛ ج ۳، ص: ۲۰۷

۲ الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)؛ ج ۱۳، ص: ۲۷۵

۳ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۳، ص: ۱۶۳/۱۶۲

تشکیک صاحب حدائق در اشتراط تنجیز در کتب قدماء

مرحوم صاحب حدائق می فرماید: «المشهور فی کلام المتأخرین أن من جملة شروط الوقف التنجیز، وهذا الشرط لم أقف علیه فی جملة من کتب المتقدمین منها کتاب النهایة للشیخ و المبسوط و کتاب السرائر لابن ادریس و کذا المقنعة للشیخ المفید فإنه لم يتعرض احد منهم لذكره فی الکتب المذكورة، مع أنه لا نص علیه فیما اعلم». بعد صاحب حدائق می فرماید: «وبذلك اعترف فی المسالك ایضا فقال و ليس علیه دلیل بخصوصه و أرادوا بالتنجیز ما تقدم فی کتاب الوكالة...»^۱

این فرمایش صاحب حدائق خودش موجب شده که عده ای بعدا بفرمایند کتب قدماء خالی از این شرط هست.

عدم صحت نظر صاحب حدائق

در حالی که این حرف درست نیست. اولاً فرمایش صاحب حدائق نسبت به مبسوط که درست نیست، یعنی همان مطلبی که مرحوم شیخ انصاری در مکاسب و دیگران فرموده اند که ما در ابواب معاملات برای هر بابی دلیل مستقل بر لزوم تنجیز نداریم. یعنی دلیل در بیع همان دلیلی است که در وکالت است و در وقف است. بنابراین اگر مرحوم صاحب حدائق مقصودش از اینکه در کتب قوم نیست یعنی هیچ جای آن نیست، که این حتما نادرست است، در مبسوط مرحوم شیخ طوسی تصریح می کند بلاخلاف. ایشان در مبسوط می فرماید: «إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت هذه الدار علی فلان لم یصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البیع و الهبة، و عندنا مثل العتق ایضا.»^۲ می گوید این باطل است بلاخلاف. چطور ایشان می گوید که نگفته است. بله گفته اند در کتاب نهاییه، کلامی از این شرط نیست.

و همینطور است ادعای عدم وجود این بحث در کتاب سرائر ابن ادریس، مگر باز مقصود عدم وجود در کتاب وقف باشد، والا در کتاب وکالت از ابن ادریس عبارت هست که فرموده وکالت معلق صحیح نیست: «و إذا قال إن جاء رأس الشهر فقد وکلتک فی الشیء الفلانی فإن الوكالة لا تنعقد و إن ذلک لا یصح.»^۳ این هم تصریح ایشان است.

۱- الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۲، ص: ۱۴۲

۲- المبسوط فی فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۲۹۹

۳- السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۲، ص: ۹۹

همچنین ایشان در رهن درباره این فرع مرحوم شیخ که فرموده اند: «و إن كان شرط المترهن على الراهن أنه إذا حلَّ أجل ماله عليه كان وكيلا له في بيع الرهن، و أخذ ماله من جملة، كان ذلك جائزا...» می فرماید این مطلب: «غیر واضح، لأننا قد بينا في باب الوكالة، أنه إذا قال له: إذا جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في كذا و كذا، أن الوكالة غير صحيحة»^۱.

پس چطور می فرمایند این مطلب در جمله من الكتب نیست. مگر مرادشان در بحث وقف باشد که جواب این ادعا نیز روشن است و فقها مکرر متعرض شده اند که دلیلی برای خصوص باب وقف یا وکالت یا بیع وجود ندارد و هر چه هست در ابواب مختلف جاری است.

در جامع للشرايع نیز فرموده: «و لو قال إذا جاء زيد فقد رجعت في الهبة لم يصح الرجوع»^۲.

یا در مهذب ابن براج گفته اند: «و إذا قال لها انت طالق إن دخلت الدار أو انت طالق إن قدم زيد أو إن حضر عمرو أو إذا جاء رأس الشهر أو إن اكل زيد، لم يقع به طلاق، ولا بكل ما يكون شرطا مما لم نذكره»^۳. می گوید هر شرطی شما بگوئید باطل است. دیگر از این بهتر چه می خواهید.

مرحوم شیخ اعظم نیز در همین بحث تصریح کرده اند که ما در این باب بخصوصه دلیلی نداریم. ایشان فرمایش مرحوم صاحب جواهر را که استدلالی است برای اثبات تنجیز اشاره کرده و می فرماید: «مع أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة»^۴.

ادعای اجماع بقسمیه در کلام صاحب جواهر ره

پس ما عرضمان این است که کثیری از محققین ادعای اجماع کرده اند. مثلا در جواهر تصریح می کند که در مسئله، اجماع منقول و محصل وجود دارد. عبارت ایشان در همین بحث وقف این است، فرموده اند: «و كذا قد سمعت غير مرة

۱ السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص: ۴۲۲/۴۲۳

۲ الجامع للشرائع، ص: ۳۶۷

۳ المهذب (لابن البراج)، ج ۲، ص: ۲۷۶

۴ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ۳، ص: ۱۷۱/۱۷۲

اعتبار التنجیز فی کل سبب شرعی الا ما خرج (ما خرج هم خودش یک تحلیلی دارد ممکن است اشاره باشد به آنجاهایی که شرط مقوم خود عقد است یا از شروط صحت است که بحثش خواهد آمد)، و أنه یبطل لو علق شیئاً بصفة متوقعة الحصول فیما یأتی بل أو متیقنة بلا خلاف و لا اشکال کما تسمع»^۱.

بعد در همین جلد ۲۸ صفحه ۶۳ فرموده اند: «ولو قال وقفت إذا جاء رأس الشهر و إن قدم زید لم یصح بلا خلاف و لا اشکال بل الاجماع بقسمیه علیه لما ذکرناه غیر مرة من منافیة التعليق علی متیقن الحصول أو متوقعه لظاهر...». مقصود این بود که ایشان فرموده: بلا خلاف و لا اشکال بل الاجماع بقسمیه علیه.

یعنی در این مسئله وقتی مراجعه می کنیم هم می یابیم که فتاوی به این صورت است، و هم وقتی مراجعه می کنیم نقل اجماع شده است. یعنی هم می شود تحصیل کرد اجماع را و هم نقل اجماع شده است.

تشکیک مرحوم آخوند و مرحوم صاحب عروه در وجود اجماع

بعد می رسیم به کسانی مثل مرحوم آخوند که خیلی وقتها ایشان بدون تتبع در اجماعات تشکیک می کند. گاهی اوقات ایشان می فرماید إن تم الاجماع که چنین تشکیکی صحیح نیست و باید مراجعه نمود. گاهی می فرماید: «فمحصله غیر حاصل و منقوله غیر معتبر». گفتن این کلمات آسان است که «محصله غیر حاصل» ولی باید قدری زحمت کشید یکی یکی کلمات فقهاء را دید تا در یابد محصله غیر حاصل است یا نه. انصافاً در اینجا اجماع محصل است، در کلمات قدماء هم هست در کلمات متأخرین هم هست در کلمات متأخر المتأخرین هم هست تا زمان مرحوم آخوند. یکی را پیدا کنید که بگوید تنجیز شرط نیست. حال به صورتی که شرط محقق است فعلاً کار نداریم در همانجایی که فعلاً بحث است یعنی در شرط متوقع الحصول در آینده که اجماع محصل است.

مرحوم آخوند می فرماید: از جمله شروط «ثانیها التنجیز، و لا دلیل علی اعتباره فی الوقف بالخصوص الا دعوی الاجماع علیه فی العقود، قال فی الجواهر...» که ادعا کردند اجماع هست و ما عبارت ایشان را خواندیم، مرحوم آخوند در استدلال ایشان اشکال می کند به همان اشکالی که مرحوم شیخ بیان فرمودند و ایشان چیز جدیدی ندارد. در ذیل می فرماید: «و من هنا یمکن استبعاد تحصیل الاجماع علی الاعتبار». یعنی چه؟ یعنی مطلق اجماع یا اجماع معتبر؟ ظاهراً یعنی اجماع معتبر که مدرکی نباشد. بعد می گوید: «ولو سلّم عدم الخلاف فیه بل الاتفاق علیه» اگر ما تسلیم عدم الخلاف و وجود اتفاق

۱ جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۸، ص: ۵۵

شویم، ولی تحصیل الاجماع مستبعد است، «لا احتمال أن يكون بعض المتفقين مستندا الى ذلك أو الى توهم عدم قابلية الانشاء للتعلیق و الغفلة عن أنه لا تعلیق». می خواهند بفرمایند اجماع مدرکی است.

باز ایشان جرأت نمی کند این اجماع را کلا رد کند. می گوید: «فلو تم الاجماع على اعتبار لكان هو الدليل و الا لم يكن عليه دليل كما عن المسالك».^۱

می گوئیم صاحب مسالك نگفته مطلقا دليل نیست، گفته دليل خاص نداریم. مرحوم صاحب مسالك اجماع را قبول دارد. اینها ظاهرا عبارات را تقطیع می کنند و از آن این مطالب عجیب را در می آورند. خب مرحوم صاحب مسالك اجماع را قبول دارد دليل خاص دیگری را قبول ندارد.

مرحوم آخوند با وجود تشکیکش باز «فلو تم الاجماع على الاعتبار» را گفته، جرأت نکرده بگوید که قطعا اینطور نیست.

در تکمله عروه هم صاحب عروه تقریبا شبیه همین را فرموده است. می فرماید: «الثالث التنجیز على المشهور بل في الجواهر بلا خلاف و لا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه» بعد فرموده اند: «و لا دليل عليه بالخصوص كما اعترف به صاحب المسالك، و حينئذ فإن تحقق الاجماع فهو و الا فهو مشكل».^۲ به همین مقدار بسنده کرده و بحث را رها کرده اند.

بررسی نظر مرحوم آخوند و مرحوم صاحب عروه

ببینید ما اجماع را که داریم، بلا شبهه اجماع محصل حاصل است، اجماع منقول هم حاصل است. منتهی باقی می ماند بعضی تشکیکهایی که کرده اند. مثل صاحب عروه که واقعا یک فقیه پر جرأتی است. اگر یاد دوستان باشد در بحث وقف الى مدة اول همینجوری گفت که در این اجماع ممکن است خدشه هم باشد، بعد فرمود فإن تحقق الاجماع فهو والا كذا. منتهی بعد ایشان صفحه بعد فرمود إن اردت محض الحق این است که اصلا شرط نیست. نه وقف على من ينقرض و نه وقف الى مدة هیچکدام اشکال ندارد، چون دليل نداریم.

اما اینجا آن حرفها را نگفته اند، آن فقیهی که آنجا جرأت می کند. البته همانجا هم نادرست بود کلام ایشان. آنجا ما بیش از اینجا عبارات را از فقهاء مختلف خواندیم از اوائل از شیخ مفید گرفته تا زمان ما، ما ندیدیم کسی وقف الى مدة را

۱ کتاب في الوقف (للآخوند)، ص: ۳۷، ۳۸

۲ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۱۹۶

تصحیح کرده باشد. حتی موردی که از مفاتیح و کفایه سبزواری و ظاهرا مذهب ذکر کرده بود گفتیم این عبارات وافی به فرمایش ایشان نیست. منتهی اینجا آن فقیه بزرگوار صاحب عروه که آنجا این فرمایش را دارد اما اینجا این جرأت را نکرده است بلکه به نحو شک می آورد. لذا معمولا کسانی که این حرفها را قبول می کنند باید احتیاط کنند. وجه احتیاط حضرت امام هم فکر کنم همین است. از طرفی از این اجماع نمی توانند چشم پوشی کنند و از آن طرف هم احتمال می دهند مدرکیتش را، لذا احتیاط می کنند.

منتهی ما هیچ وجهی برای احتیاط نمی بینیم. اجماع تمام است، فقط بحث احتمال مدرکیت است که آن را بحث می کنیم.

اقامه سه دلیل بر رد اجماع توسط برخی فقهاء معاصر

برخی از فقهاء معاصر سه دلیل علیه این اجماع آورده اند، که اگر جسارت نباشد می گویم برخی از آنها حالت بهانه گیری دارد. منتهی تصریح نکرده اند به اینکه این اجماعات تام نیست، پس فتوی نداده اند که تعلیق جائز است و عقد صحیح است. منتهی در بحث قبلی یعنی در بحث منقطع الاول ایشان آنجا تصریح کردند فرمودند: أقول سیوافیک فی المسئلة ۲۲ أنه ليس لنا دليل صالح لشرطية التنجيز في صحة الوقف خصوصا فيما إذا كان الشرط المعلق عليه قطعي الحصول في المستقبل، فعلى هذا فيصح الوقف على الاقوى و لا يحتاج الى تجديد الصيغة على الاقوى.^۱ مرحوم امام در متن احتیاط کرده بودند بر تجدید صیغه، ایشان می فرماید تجدید صیغه هم نمی خواهد. یعنی ایشان اینجا فتوی می دهند.

نتیجه بحث: وجود اجماع بر اشتراط تنجیز و عدم احراز مخالف جزمی در مسئله

من عرض می کنم خیلی جرأت می خواهد، که انسان با چنین اجماع محکمی مخالفت کند. ما احدی را ندیدیم حتی از فقهاء معاصر و از بزرگانی که در حیات هستند مانند آیت الله وحید حفظه الله، آیت الله سیستانی حفظه الله و دیگران، اینها اصلا فتوی میدهند به بطلان. مرحوم آقای خوئی در متن منهاج فتوی دارد به بطلان، و این بزرگواران حالا یا در متن اشرا ب کرده اند و یا حاشیه نزده اند و قائل به بطلان هستند.

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفة: ۶۷

عرض من این است که ظاهراً ما در میان فقهاء تا زمان نزدیک به خودمان مخالفی نداشتیم. و این دو بزرگوار یعنی مرحوم آخوند و مرحوم سید هم تشکیک فرمودند و این تم اجماع گفتند، که این تم اجماع فهو و الا کذا. یعنی نتوانستند جازمانه بگویند.

به نظر من اجماع تمام است و اشکالی هم ندارد. منتهی حالا سه تا اشکال این فقیه بزرگوار زمان ما بر این اجماع آورده اند که انشاء الله ما اینها را می خوانیم تا ببینیم درست است یا نه.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

| | |
|---|-----|
| مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف | ۵۸۰ |
| استدراک از مباحث قبل | ۵۸۰ |
| ادامه بحث اشتراط تنجیز | ۵۸۴ |
| اشکالات برخی فقهاء معاصر بر اجماع | ۵۸۵ |
| اشکال اول: عدم استناد شیخ در خلاف به اجماع | ۵۸۵ |
| جواب از اشکال اول | ۵۸۵ |
| اشکال دوم: عدم اشاره به اشتراط تنجیز در کلمات برخی فقهاء | ۵۸۶ |
| جواب از اشکال دوم | ۵۸۶ |
| نقل اجماع در سرائر | ۵۸۹ |
| تنها دلیل مذکور بر علیه اجماع، محتمل المدرکی بودن آن است | ۵۸۹ |
| کلمات حضرت امام ره در کتاب بیع در رابطه به عدم اشتراط تنجیز | ۵۸۹ |
| جواب از فرمایشات حضرت امام ره | ۵۹۰ |
| بررسی محتمل المدرکی بودن اجماع | ۵۹۱ |

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

بحث ما در اشتراط تنجیز در وقف بود و اینکه تعلیق موجب بطلان وقف است. این تعلیق صوری دارد، مرحوم امام در متن تحریر این بطلان را با احتیاط آن هم در برخی از فروض قائل شده اند که این فروض در متن مکاسب مرحوم شیخ آمده است.

استدراک از مباحث قبل

قبل از ادامه بحث می خواهیم نکته ای را از بحث جلسه قبل استدراک کنیم. و چون بحث روایت است تأکید داریم دوستان به آن عنایت کنند:

ما در بحث قبل از بحث اشتراط تنجیز، در مسئله ۲۱ که بحث عود وقف عند الحاجة بود، فرعی را از مرحوم سید نقل کردیم که شاید دیگران به این صورت آن را طرح نکرده باشند. آن فرع این بود که به نظر ایشان معیار حاجت در آن

مسأله حاجت به وقف است نه مطلق الحاجة. مثالهایی بیان کردند. ما در جواب مرحوم سید عرض کردیم که این حرف شما یک اشکال ثبوتی دارد و یک اشکال اثباتی. اشکال ثبوتی اش این است که شما نباید این مسئله را به این صورت طرح کنید. این امر بستگی به این دارد که واقف کدام احتیاج را اخذ کرده باشد. شما که از اساس فرمودید آنچه واقف می تواند به عنوان غایت اخذ کند اختصاصی به احتیاج ندارد زیرا اگر وقف مشروط را علی القاعده و با تمسک به عمومات تصحیح کنیم نه بر اساس روایات، حتی می توان وقف را به معنی زید هم معیا کرد. مانند اینکه بگوید هر وقت معنی زید شد این وقف تمام باشد. البته ما این مطلب را قبول نداشتیم ولی شما قبول فرمودید پس وجهی ندارد حاجت را مختص به حاجت به وقف بفهمائید بلکه ثبوتاً واقف می تواند آن احتیاجی که موجب عود الوقف می شود را مطلق الحاجة در نظر بگیرد و اخذ کند. حال که هر دو صورت ثبوتاً ممکن است نمی توانید بفهمائید معیار خصوص حاجت به وقف است، این واقعاً بلا دلیل است.

اشکال اثباتی فرمایش ایشان نیز این بود که حتی اگر واقف گفته باشد آن احتیاج، باز هم در مقام اثبات هر دو نوع احتیاج می شود، احتیاج به خصوص وقف یا مطلق احتیاج، هر دو اثباتاً می شود.

بعد ما برای اینکه کمکی به مرحوم سید کرده باشیم عرض کردیم که بله اگر مستند ما در تصحیح وقف روایات خاصه باشد، و بر خلاف نظر ما روایات را هم دال بر صحت بدانیم و اشتراط عود عند الحاجة را به کمک روایات تصحیح کنیم، در روایات احتیاج «الی مالی» یا احتیاج «الی الارض» و امثال آن مطرح شده، صور دیگر احتیاج مطرح نشده است.

پس اگر تنها دلیل بر صحت، این روایات باشد ما در کمک به مرحوم سید عرض کردیم در روایات و رای چنین حاجتی تصحیح نشده است لذا دلیلی بر صحت معامله نداریم. البته همه اینها در فرض است. ما برای اینکه فروض مسئله روشن شود و جائی که می شود کمکی به مرحوم سید کرده باشیم این مطلب را طرح کردیم، و سه روایت را در آن جلسه ای که این بحث مطرح شد خواندیم.

یک روایتش روایت یونس بود که: «قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال إن احتجت الى شيء من مالي فأنا احق به، تری ذلك له؟»^۱ ما روایت را اینطور خواندیم. این نسخه ای است از تهذیب که مرحوم آقای غفاری تصحیح کرده است اینطور دارد که «إن احتجت الى شيء من مالي». تمام

۱ تهذیب الأحكام (طبع غفاری)؛ ج ۹، ص: ۱۵۷

این استدراک برای این نکته است که بعضی از دوستان به بنده توجه دادند که این روایت در بعضی نسخ دیگر اینطور است که «إن احتجت الی شیء من مال» به صورت نکره است. آنوقت گوئی اینطور می خواهند استنباط کنند که إن احتجت الی شیء من مال دیگر خصوص این وقف نیست. آنوقت دیگر آن کمکی که ما می خواستیم به مرحوم سید برسانیم ممکن نمی شود. و علی الظاهر مطلب صحیحی است.

هر چند برای اثبات عرض ما بهتر می شود. چون ما عرض کردیم که ثبوتاً حاجت به دو صورت احتمال دارد. در مقام اثبات نیز اگر حاجت اضافه به وقف نداشته باشد هر دو صورت را می گیرد. ولی گفتیم در روایت چون اضافه به وقف دارد، اگر تنها دلیل صحت در نزد کسی این روایات باشد ظاهراً حاجت، حاجت خاص می شود یعنی حاجت به این وقف نه مطلق الحاجة. آنوقت اینجا اثرگذار است که «من مال» باشد یا «من مالی».

لکن دو تا نکته را باید توجه کنیم:

یک نکته اینکه دو روایت دیگر در یکی از آنها «مالی» دارد که نظیر همین است، در یکی هم «الیها» یعنی الی الارض وارد شده است. در روایت حسین بن سعید عن فضاله عن ابان عن اسماعیل بن فضل دارد که قال: «سئلت ابا عبد الله علیه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر (که عبارتش خیلی شبیه روایتی است که خواندید) و قال إن احتجت الی شیء من مالی أو من غلة فأنا احق به».^۱ در بعضی نسخ دیگر هم که من دیدم آنجا هم این روایت «مالی» است. در نسخ تهذیبی که در نجف مرحوم خراسان اصلاح کرده اند همینطور است، در برخی طبعهای دیگر هم همینطور است. پس در آن روایت، که مالی است.

روایت سوم که اصلاً سؤال نداشت، «من اوقف ارضاً ثم قال إن احتجت الیها»^۲، یعنی اینجا دوباره به همان وقف اضافه شده است.

یعنی از این سه روایت که مشابه هم بودند، دو تا از آنها در نسخه های مختلف همه مالی یا الیها است که هر دو اضافه به آن وقف است. فقط این روایت در برخی نسخ «مالی» آمده و در برخی «مال» آمده است.

این یک نکته که برخی روایات دیگر مالی دارد.

۱ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، ص: ۱۴۶

۲ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، ص: ۱۵۰

یک نکته دیگر هم وجود دارد که ظاهراً اگر اشتباه نکنم اگر مراد خصوص همین وقف باشد «إن اجتجت الی شیء من مال» یعنی ذکر مال به صورت نکره اصلاً درست نیست، یا باید الف ولام داشته باشد یا «مالی» و امثال آن بیاید تا مشخص باشد همانطور که علامه حلی و ابن فهد حلی و محقق کرکی و صاحب وسائل و دیگران «من المال» آورده اند. اما اگر مقصود مطلق «مال» باشد، در فهم حدیث اختلاف پیدا می شود. و اگر مقصود این است که إن اجتجت الی شیء من مال به نحو نکره یعنی از هر مالی ولو غیر این وقف، آنوقت ظاهراً روایت بی معنا می شود. چون بعدش می گوید فأنا احق به تری ذلک له؟ در اموال دیگرش غیر وقف، اصلاً معنا ندارد که بگویند أنا احق به. زیرا خب مال خودش است. در مالی که وقف است این شبهه پیدا می شود که با این اشتراط و گفتن «إن اجتجت فأنا احق به» بعد از تحقق احتیاج آیا واقف احق است به عین موقوفه یا خیر؟ و گر نه نسبت به بقیه اموالی که واقف وقف نکرده است و مال خود اوست جای این سؤال وجود ندارد که «تری ذلک له». تری ذلک له سؤال است، این سؤال معنا ندارد. مگر نسبت اموال دیگر این آقا که مال خودش است و وقف نبوده جای این سوال هست که: تری ذلک له که احق باشد؟ اصلاً معنا دارد که کسی که وقف کرده بگوید أنا احق به در اموال دیگرم. این چه حرفی است که بگوئیم «إن اجتجت الی شیء من مال» یعنی انشاء کند در فرض احتیاج به اموال غیر وقفیم أنا احق به، و بعد سائل هم از امام علیه السلام بپرسد که هل تری ذلک له. لذا روشن است که این فرض معنا ندارد. سؤال باید از این باشد که کسی تصدق کرده و انشاء وقف کرده برای اموالش در کل وجوه خیر، و شرط کرده که «إن اجتجت الی شیء من هذا المال یا من مالی یا منها»، تا به نحوی به این اموال اشاره کند و بگوید اگر به این نیاز پیدا کردم «أنا احق به»؛ و سؤال سائل از امام علیه السلام نیز این است که آیا وقتی واقف به این صورت انشاء کرده هل تری ذلک له. والا اگر انشاء کرده باشد که إن اجتجت الی شیء من مال فأنا احق به، آن مال که می شود غیر وقف باشد آیا جای سؤال دارد که أنا احق به؟! خب مال خودم هست معلوم است انا احق به. بحثی ندارد. آن مالی که وقف است بحث دارد که آیا عند وصول الحاجة أنا احق به یا نه.

بنابراین به نظر می رسد این اصلاحی که در این طبع آقای غفاری صورت گرفته درست است، الی شیء من مال به نظرم معنا ندارد. به هر حال در این روایت (نه دو روایت دیگر) هم در نسخه چاپ سنگی من مال دارد، و هم در برخی نسخ تهذیب یعنی همان نسخه مرحوم خراسان که در نجف طبع شده در این روایت مال دارد. یا مثلاً در ملاذ الاختیار که شرح تهذیب است باز اینجا مال گفته اند. اما نمی دانیم کسانی که این طبع را انجام داده اند از اینجا اخذ کرده اند یا در خود نقل مرحوم مجلسی مثلاً متن بوده، والا اگر نباشد از روی هم گرفته اند و این اثری ندارد. در جامع احادیث شیعه هم

اینجا مال آورده است. حالا نمی دانیم آنها هم از روی همین نسخه تهذیب گرفته اند یا خودشان مثلاً فحوص جدیدی کرده اند که ارزش مستقلی داشته باشد.

به هر حال به نظرم اصل مسئله که روشن است، اشکالات ما به مرحوم سید وارد است. ما آمدیم دفاعی از مرحوم سید انجام دهیم بر این دفاع ما دوستان تذکری داشتند از ناحیه این مالی که گفتیم یکجا مال هست. ما عرض کردیم نتیجه اش این می شود که در این مورد دو تا روایت دیگر هم داریم که در آنها مال به خصوص وقف اضافه شده است. لذا علی الظاهر آن یکی هم باید مضاف باشد به وقف والا وجه صحیحی پیدا نمی کند. حالا دوستان روی آن تأملی کنند تا ببینیم نتیجه چه می شود.

ادامه بحث اشتراط تنجیز

حالا بیائیم به ادامه بحث اشتراط تنجیز. عرض شد که اشتراط تنجیز در کلمات فقهاء از قدیم الایام ذکر شده است و کلمات متعددی را جلسه گذشته خواندیم و بعضی را شاید بعداً بخوانیم. برخی از فقها در بعضی عبارات گفته اند اگر انشاء عقد را تعلیق کند که مثلاً إذا جاء رأس الشهر فقد وکلتک یا بعثک یا وهبتک و امثال آن اینها بخاطر این تعلیق باطل می شود. کلام شیخ انصاری را هم خواندیم. نقل اجماعات را هم خواندیم. نقل اجماعاتی از کسانی مانند ابن ادریس، فخرالدین ره در شرح ارشاد، انوار اللوامع که البته متأخر است، که اینها تصریح به اجماع کرده اند و کسانی مانند مرحوم شهید در مسالک و مرحوم شیخ طوسی فرموده اند بلا خلاف.

حال نوبت به بررسی ادله اشتراط تنجیز می رسد. اولین دلیل اجماع است. هر چند نسبت به ادله دیگر گفته شده است که دلیل خاص دیگری بر اشتراط تنجیز نداریم ولی نسبت به اجماع در میان علماء ندیدیم از قدما تا زمان صاحب عروه کسی در آن خدشه کند. مرحوم سید در تکریم عروه تشکیکی در این اجماع دارند و مرحوم آخوند نیز تشکیک می کنند که آیا این اجماع مدرکی است یا خیر؟ ایشان استبعاد می کند که اجماع غیر مدرکی داشته باشیم، لذا در اعتبارش شبهه می کند، اما هیچکدام جرأت نمی کنند فتوای صریح بدهند، می گویند إن تم الاجماع که همین تنجیز شرط است و الا نه. هر دو اینطور فرموده اند.

مرحوم سید در تعلیقات بر مکاسب هم همین شبهه را در اجماع کرده که اجماع غیر مدرکی داشته باشیم.

مرحوم امام و آقای خوئی هم تشکیک کرده اند. که عبارات را می خوانیم ببینیم چیست.

اشکالات برخی فقهاء معاصر بر اجماع

عرض کردم برخی علماء معاصر سه تا اشکال کرده اند بر اجماع:

اشکال اول: عدم استناد شیخ در خلاف به اجماع

یک اشکال این است که اگر در مسئله اجماعی بود استناد می شد « یلاحظ علیه أولاً: أنه لو كان في المسألة إجماع لاستند اليه الشيخ في الخلاف في مسألة التوكيل حيث إنه يستدل في أكثر المسائل به، ولكنه في هذه المسألة اقتصر بقوله لا دليل على صحة هذا العقد»^۱.

اولین اشکال بر اجماع این است که می گویند: اگر چنین اجماعی بود، مرحوم شیخ طوسی در خلاف در بحث وکالت به آن تمسک می کرد. در آنجا ایشان فقط فرموده دلیل بر صحت وکالت معلق نداریم، در حالی که دأب مرحوم شیخ طوسی در خلاف این است که وقتی اجماع هست به اجماع الطائفة تمسک می کند.

جواب از اشکال اول

این اشکال عجیبی است. بخاطر اینکه می خواهید از عدم ذکر اجماع، کشف کنید که پس اجماعی نبوده است. اما همین مرحوم شیخ طوسی در مبسوط در بحث وقف به بلاخلاف بر اشتراط تنجیز تصریح کرده است. شما چطور این عبارت را که در بحث وقف می گوید بلاخلاف در میان ما تنجیز شرط است کنار گذاشته اید و تصریح را رها می کنید بعد از عدم ذکر در یک مورد می خواهید عدم اجماع را استفاده کنید. مرحوم شیخ دقت خوبی کرده است می گوید از عبارت مرحوم شیخ طوسی در مبسوط استفاده می شود که در وقف و در بیع و در هبه نه فقط در میان ما خلافاً نیست بلکه در میان عامه هم خلافاً نیست. بله در عتق اختلاف نظر است و ما می گوئیم عتق معلق درست نیست آنها می گویند درست است. مرحوم شیخ انصاری می فرماید:

«بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه مما لاخلاف فيه بيننا بل بين العامة، فإنه قال: إذا قال الواقف "إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته" لم يصح الوقف بلاخلاف، لأنه مثل البيع والهبة (يعني أنها هم بلاخلاف هستند) و عندنا مثل العتق ايضاً». مرحوم شیخ انصاری می فرماید: «فإن ذيله (که گفته است و عندنا مثل العتق ايضاً، چون در عتق هم ما تعلیق

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحة: ۷۸

را درست نمی دانیم) يدل على أن مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية (يعنى عامه وخاصه هيچکدام تعليق را جایز نمی دانند)، نعم مماثلته للعتق مختص بهم (بالامامية)^۱.

پس ببینید مرحوم شیخ طوسی در این طبعی که ما مطالعه کردیم فکر می کنم طبع قدیمی مبسوط است جلد ۳ صفحه ۲۹۹ دوستان عبارت شیخ طوسی را مراجعه کنند.

پس این استنباط و اشکال بر اجماع به عدم ذکر شیخ طوسی در خلاف درست نیست. زیرا ایشان اجماع را در مبسوط بیان کرده و دیگران نیز هم همین را فهمیده اند.

اشکال دوم: عدم اشاره به اشتراط تنجیز در کلمات برخی فقهاء

اشکال دوم این است که فرموده اند: «إنه لو كان التنجيز شرطاً في الصحة والتعليق مبطلاً لها لاشار اليه المفيد في المقنعة والطوسى في النهاية وابن الصلاح في الكافي و الديلمى في المراسم وابن حمزة في الوسيلة والراوندى في فقه القرآن وابن سعيد في الجامع.^۲ بعد هم اینجا در پاورقی به مفتاح الكرامة ارجاع داده اند.

جواب از اشکال دوم

من اولاً می خواهم بگویم که استدلال درست نیست. کثیری از این شرائط که تا به حال خواندیم در بعضی از این کتب مذکور نیست. این چه جور استدلالی است که می گوئیم اینها هم باید ذکر می کردند. بلکه ممکن است شما بگوئید که قرينة مائی است اما در مقابل تصریح بسیار از فقهاء از شیخ طوسی و ابن ادریس و قاضی و ابن حمزه و دیگران گرفته تا زمان ما که احدی در مساله خلاف نکرده است نمی توان همه اینها را رها کرد و به عدم ذکر عدۀ محدودی تمسک نمود.

علاوه بر اینکه ایشان برای استناد به کتاب شریف مفتاح الكرامة آدرس داده اند، در حالی که مفتاح الكرامة درست عکس این مطلب را می گوید. در واقع ظاهراً این مطلب را خودشان مراجعه نکرده اند، اینکه مفید در مقنعه نگفته، طوسی در نهاییه نگفته، این نگفتن ها را از مفتاح الكرامة گرفته اند، اما استدلال درست عکس است. مفتاح الكرامة بعد از اینکه اجماع را گفته و خودش هم قبول دارد می گوید: و لا یقدح در این اتفاق و اجماعی که ما گفتیم عدم ذکره در این کتب.

۱ کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ۳، ص: ۱۶۸

۲ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحه: ۷۸

چرا؟ می گوید برای اینکه اینها مختصرات هستند و ذکر نکرده اند. و جالب این است که (شما بقیه حرف مفتاح الکرامه را هم بیاورید) ایشان می گوید: و لذا شما می بینید اصلا مرحوم شیخ صدوق در مقنع کل باب وکالت را نیاورده است. یعنی اینکه این کتب معمولا مبنایشان اخبار است و مختصرات هستند خیلی وقتها فروع را نمی آورند، از عدم ذکر در این کتب شما نمی توانید استفاده کنید که مطلب را قبول نداشته اند. بلکه به هر دلیلی این را ذکر نکرده اند نه اینکه قبول نداشته اند. شما گفته اید «إنه لو كان التنجيز شرطاً في الصحة والتعليق مبطلا لها لشار اليه المفيد» می گوئیم چرا؟ مگر بقیه فروع همه را شیخ مفید در مقنعه آورده؟ الی ما شاء الله از فروعاتی که تا به حال در بحث وقف مطرح کردیم اصلا در مقنعه نیامده و کذا در نهاییه شیخ طوسی.

اما ابن سعید در الجامع للشرایع، ظاهراً طبق آنچه که دوستان آورده اند در جای دیگری این حرف را آورده است. ایشان در صفحه ۳۶۷ بحث هبه فرموده: «ولو قال إذا جاء زيد فقد رجعت فی الهبة (این در رجوع هبه ای که مشروط باشد) لم يصح الرجوع أو فقد وهبت كذا لم تصح الهبة (هبه را هم اگر مشروط کند واقع نمی شود)، و يجوز أن يتأخر قبول الهبة وقبضها عن الإيجاب (که حالا بحث توالی و تأخر قبول از ایجاب ربطی به بحث ما ندارد)»^۱.

پس در الجامع للشرایع گفته اند.

این را هم اضافه کنیم چون در بحثهای آتی لازم است، که بحث اشتراط عقود به تنجیز انحصاری به یک بحث و دو بحث ندارد. در بیع، در صلح، در هبه، در وکالت، در وقف هر کجا گفته اند دلیل و سند یک چیز است. نکات متفاوتی وجود ندارد که ما به خاطر آنها در هبه یا رجوع در هبه احتمال دهیم اشتراط درست نیست ولی در جاهای دیگر درست است.

پس نسبت به این ادعا که ابن سعید در الجامع للشرایع، اشتراط را بیان نکرده است می گوئیم ممکن است در کتاب الوقف نگفته باشد. کما اینکه ممکن افراد دیگری نیز اشتراط تنجیز را در وقف نگفته باشند ولی در طلاق یا جای دیگر گفته اند.

این هم یک مسئله است.

می خواهیم بگویم واقعا اینها یک جور برف انبار کردن ادله است. در مقابل تصریح شیخ طوسی که خریط این فن در روایات و فتاوی است و می گوید اگر واقف بگوید وقت رأس الشهر یا إذا جاء رأس الشهر این باطل است بلاخلاف عندنا و بیع و هبه را نیز به همین صورت می داند و فقط در عتق می گوید بین ما و عامه اختلافی است، بدون اعتنا به این بلاخلاف ایشان، استناد می کنید به اینکه در کتاب مقنعه شیخ مفید چیزی نیامده است. آخر این چه استدلالی است که می کنید.

بعد هم تازه شیخ طوسی در این بحث تنها نیست بلکه دیگران هم گفته اند.

مرحوم ابن براج در مذهب در بحث طلاق گفته است: «و إذا قال لها انت طالق إن دخلت الدار أو انت طالق إن قدم زيد أو إن حضر عمرو أو إذا جاء رأس الشهر أو إن اكل زيد لم يقع به طلاق و لا بكل ما يكون شرطا مما لم نذكره».^۱ یعنی طلاق معلق بر شرط نمی شود و ما دلیل خاصی در طلاق نداریم و هر چه هست برای تمام ابواب است.

در المؤلف من المختلف بین الائمة السلف آمده است که: «إذا قال إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتک فی البيع فإن ذلك لا یصح لأنه لا دلیل علی صحته و به قال کذا».^۲

در وسیله ابن حمزه آمده است: «و لا یجوز الوقف علی اربعة عشر (بر چهارده مورد وقف درست نیست) علی العبد و المعدوم و الحمل و لا علی المجهول و لا وقف مدة معينة و لا علی بنی فلان ... و لا المشروط بأن یبیعه متى شاء أو یخرجه من الموقوف علیهم من شاء أو یفضل البعض علی البعض إن شاء أو یسوی بینهم إن شاء أو یقول إذا جاء رأس الشهر وقت علی فلان».^۳ که اینها را می گوید باطل است.

صاحب مؤتلف مال قرن ششم است، صاحب مذهب مال قرن پنجم است، صاحب الجامع للشرایع قرن هفتم است ، خود شیخ طوسی قرن پنجم است و همینطور. حالا ابن ادریس هم که می خوانیم.

۱ المذهب (لابن البراج)، ج ۲، ص: ۲۷۶

۲ المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، ج ۱، ص: ۵۹۹

۳ الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ص: ۳۷۰

می خواهم بگویم اقوال به این صراحت را شما رها کردید حالا از عدم ذکر مثلاً در مقنعه شیخ مفید دلیل می آورید، این وجهی ندارد.

نقل اجماع در سرائر

اما صاحب سرائر فرموده است: «و إذا قال: إن جاء رأس الشهر فقد وكلتک فی الشیء الفلانی فإن الوكالة لا تنعقد».^۱ بعد یکجا که فکر می کنم ذیل همین بحث باشد فرموده اند اجماع را به طریقی نقل کرده زیرا فرموده دلیل ما بعد از اجماع این است که می دانیم بدون این شرط شک داریم که شروط متکامل است و صحیح است. لذا به نظر من اینجور اشکالات در خدشه بر اجماع وارد نیست.

تنها دلیل مذکور بر علیه اجماع، محتمل المدرکی بودن آن است

بله تنها دلیلی که بر علیه این اجماع در کلام مثل مرحوم سید و مرحوم آخوند و مرحوم آقای خوئی و مرحوم امام هست بحث این است که این اجماع محتمل المدرکی است، و مرحوم آقای خوئی یک بحث دیگر هم دارد که عرض می کنم. حالا عبارتها را می خوانم و بعداً عرض می کنم که محتمل المدرکی بودن جواب دارد و ما قبلاً هم جوابهای مشابه را بیان کرده بودیم.

کلمات حضرت امام ره در کتاب بیع در رابطه به عدم اشتراط تنجیز

مرحوم امام کلاً بحث تنجیزشان در بحث بیع عجیب است. کل بحث را برده اند روی آن بحث عقلی تعلیق انشاء و تعلیق منشأ. و به این صورت که پیدا است اصطلاحات هم ظاهراً خاص خودشان است. اعجب این است که بر اساس اصطلاح خودشان در انشاء و منشأ بر مرحوم نائینی و دیگران اشکال می کنند، که حالا به تفصیل آن را بحث خواهیم کرد.

۱ السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۲، ص: ۹۹

منتهی آن چیزی که راجع به اجماع هست فرموده اند (جلد ۱ صفحه ۲۳۵ طبع نجف): «و اما تحصیل الاجماع أو الشهرة المعتبرة فی هذه المسئلة التي للعقل فيها قدم راسخ فغير ممكن، ولهذا ترى تشبهم بالدلیل العقلی أو العرفی، مع ما يقال من أن المسئلة لم تكن معنونة و إنما استندوا الى باب الوكالة والوقف و نحوهما»^۱.

بحث ایشان در بیع است.

جواب از فرمایشات حضرت امام ره

نسبت به اینکه مسئله معنون بوده، روشن است که معنون بوده است، احتمالاً مقصود ایشان این است که در باب بیع نبوده است، بخاطر اینکه می فرماید «إنما استندوا الى باب الوكالة والوقف و نحوهما». اولاً همانطور که مرحوم شیخ و دیگران فرموده اند ما در باب بیع یا هبه یا صلح یا وکالت یا وقف دلیل خاص نداریم، بلکه یک دلیل است. که آن دلیل یا اجماع است یا آن ادله ای است که ذکر کرده اند که چهار یا پنج دلیل است و بیان خواهد شد. و دلیل دیگری خاص بیع نداریم.

علاوه بر اینکه اینجا یک غفلی شده است، درست است که مرحوم شیخ طوسی در باب وقف فرموده، ولی تصریح کرده مثل بیع و هبه. چطور می گوئید ذکر نکرده است؟! من عبارت شیخ طوسی را دیدم در همان جلد ۳ صفحه ۲۹۹، ولی کتاب را نیاوردم واز مکاسب می خوانم. عبارت شیخ طوسی این است: «إذا قال الواقف إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البيع و الهبة»^۲. یعنی معلوم است که در بیع و هبه مفروغ عنه گرفته اند که بلاخلاف تعلیق صحیح نیست و می فرمایند وقف هم مانند بیع و هبه است.

نمی دانیم چطور حضرت امام قدس سره الشریف می فرمایند «أن المسئلة لم تكن معنونة!». از این تعنون بیشتر می خواهید که در وکالت و وقف این را ذکر کرده اند ولی تصریح کرده اند که مثل البيع و الهبه است.

ولذا این فرمایش علی الظاهر صحیح نیست.

۱ کتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۳۵۱/۳۵۲

۲ المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ص: ۲۹۹

نسبت به اجماع نیز فرمودند در این مسئله «تحصیل الاجماع أو الشهرة المعتبرة (قاعدتا یعنی مدرکی نباشد) التي للعقل فيها قدم راسخ فغیر ممکن».

این قدم راسخ عقلی در این مسئله نفهمیدیم چیست؟ این ادله ای که ذکر شده است که باطل است. ادله ای مانند استحاله تعلیق انشاء و مانند آن که ادله باطلی است. چه قدم راسخی در اینجا برای عقل برای اشتراط تنجیز وجود دارد؟ یک عده ای توهماتی کرده اند ولی وقتی مرحوم شیخ طوسی می گوید بلا خلاف مگر به اینها استناد کرده است؟ از کجا این را می گوئید؟! شاید این حرفها بافتنی بعدی ها باشد که انشاء تعلیق نمی پذیرد. حتی در کلام علامه این نیامده، چون علامه جزم را آورده، که خودش باب دیگری است که بحث خواهیم کرد. عرض من این است که کجا للعقل فیها قدم راسخ تا بگوئیم که اجماع مدرکی است و یا محتمل المدرکی است؟ این درست نیست.

علاوه بر همه این حرفها ما قبلا یک عرضی داشتیم که احتمال مدرکیت قاذح نیست. چرا؟ چون اجماع که یقینا هست، شما که نمی توانید این را انکار کنید، از زمان شیخ طوسی تا زمان قریب به عصر ما اجماع در کلام همه هم نقل شده و هم قابل تحصیل است. یک فتوای مخالف ما نداریم و ندیدیم. در تمام این اقوالی که جمع آوری شد از زمان شیخ طوسی تا حالا هر چه ما نگاه کردیم یک قول مخالفی که فتوی داده باشد ما ندیدیم. بله خدشه می کنند در این جهت، می گویند ما اینجا دلیل مخصوص نداریم، ولی اجماع را نفی نکرده اند و فتوی هم به غیرش ندارند. حتی فقیهی مانند مرحوم سبزواری که معمولا در اینجور فتاوی اشکال می کند، اشکال کرده است که ما دلیل خاص معتبری نداریم، ولی عدم خلاف را ایشان نقل کرده و بعد می گوید فعلیه اگر شرط کرد باطل است. تصریح می کند که باطل است.

بررسی محتمل المدرکی بودن اجماع

بنابراین اجماع که حاصل است. تنها اشکالتان مدرکیت یعنی احتمال مدرکیت است. ما قبلا عرض کردیم مسائل مبتلا به اگر در اینجا قول به خلاف در میان مجمعی نباشد احتمال مدرکیت قاذح نیست. چرا؟ چون وقتی چیزی مبتلا به باشد باید قاعدتا مسئله از امام علیه السلام سؤال و نقل شده باشد. و اگر این چیزی که الان اجماع هست غیر از آن چیزی باشد که از امام نقل شده لااقل یک جا باید پیدا باشد و دو تا فقیه قائل باشند آن چیزی را که از امام اخذ کرده اند حالا با واسطه یا با هر چیزی که بوده است. وقتی این اختلاف محقق نمی شود تنها فرض این است که بگوئیم این مجمعی هر کسی به راهی رفته و از دلیلی گرفته، و قول امام، چون این مسئله مبتلا به است حتما امام نظری در آنجا دارد و منتشر شده، قول امام

هم غیر از این بوده و هیچ ذکری هم در کلمات فقهاء نشده، واقعا این تصور مشکل است. اینی که می گویند اجماع باید قطعی باشد ما با توجه به این اقوالی که نقل شد به اضافه این نکته که عرض کردم قطع حاصل می کنیم.

بله اگر مسئله غیر مبتلا به باشد کاملاً متصور است که نسبت به این مسأله غیر مبتلا به از امام علیه السلام سؤال نشده یا سؤال شده ولی پاسخ امام که خلاف نظر مجامع است به خاطر عدم ابتلا منتشر نشده باشد لذا این اجماعات کشف از قول معصوم نمی کند. اما یک مسئله مبتلا به که علی القاعده سؤال می شود و علی القاعده لو کان لبان اگر نظر امام علیه السلام مخالف این اجماعات باشد باید ذکر شود. حداقل دو تا سه تا فقیه حرفی را که از امام تلقی کرده اند ذکر کنند و در فتوایشان متجلی کنند، ولی می بینیم هیچ خبری نیست. ما که ندیدیم، بلکه مرحوم شیخ طوسی که با عصر غیبت فاصله آنچنانی ندارد تصریح می کند بلا خلاف بیننا، آنوقت چطور ما بی اعتناء از کنار اینها رد شویم. اینجور اجماعات را راحت زمین زدن به نظرم کار درستی نیست. آنوقت بیائیم به یک ادله ای تمسک کنیم، حالا فرمایشات امام و آقای خوئی و برخی علماء حاضر را می خوانیم به یک ادله ای تمسک کرده اند که ولو بحث عقلی می فرمایند ولی بحثهای که همه اختلاف مبانی در آنها غوغا می کند و نتایج عجیب و غریبی دارد، ما اجماعات را بخاطر اینها زمین بزنیم به نظرم درست نیست. ولذا مرحوم سید با همه شجاعتش که خیلی جاها خلاف این اجماعات نظر می دهد اما اینجا جرأت نکرده و علی الظاهر احتیاط واجب می کند. و همینطور بقیه تا برسیم به زمان ما که برخی ها فرموده اند.

امام در اینجا اینجور فرموده اند، اما در تحریرشان احتیاط واجب کرده اند. به نظرم آقای خوئی ره در متن منهاج قائل به بطلان است. ولی اینجا اینطوری فرموده اند. یعنی باز جرأت نمی کنند در مقام فتوی مطابق بحث علمی نظر دهند. پس مخالف در مقام کسی نیست الا برخی فقهاء معاصر که ادعا کرده اند اقوی این است. البته امام ره در این بحث علمی آخر بحث می فرمایند «فالتحقیق عدم اعتبار التنجیز فی المعاملات مطلقاً سواء كانت معلقة علی معلوم فی الحال أو الاستقبال أو مجهول کذلک بل أو معلوم العدم کذلک ثم بان تحققه». که حالا فروض اینها را بحث می کنیم.

به نظر ما این تخدیش در این اجماعات وجهی ندارد وحق این است که اجماع محکم است. نه فقط در وقف بلکه در تمام عقود الا ما خرج بالدلیل، که آن الا ما خرج بالدلیلش را مرحوم صاحب جواهر هم تخصیص زده می آید. که حالا یا مقوم شرط چیزی باشد که بیان همان مقوم عقد باشد، یا بیان شرط صحت باشد، این را انشاء الله بحث خواهیم کرد.

به نظر ما در صلب بحث که بحث اشتراط یک امر آتی است که مشکوک است که به آن می گوئیم صفت، یا معلوم الحصول است ولی آتی است الان حاصل نیست مثل إذا جاء رأس الشهر، در امثال این مقام یا معلوم الحصول یا مشکوک

الحصول در امثال اینها علی الظاهر اجماع محکم است و اجماع هم صحیح است، دلالتش هم قطعی است، و به نظر ما تمام است ولذا تنجیز شرط است.

منتهی حالا ما هم در مورد ادله دیگر بحث داریم که باید بحث کنیم، مثل اینکه تعلیق در انشاء و منشأ می شود یا نه، بحث جزم را و ادله دیگر را که ذکر کرده اند. انشاء الله جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۵۹۴
- ادله اقامه شده بر اشتراط تنجیز ۵۹۵
- دلیل اول: عدم صحت تعلیق در انشاء ۵۹۵
- ارتباط این مساله با مبنای شیخ ره در واجب مشروط ۵۹۵
- ارتباط بحث واجب مشروط به مانحن فیه در کلام امام ره و کلمات عجیب ایشان ۵۹۶
- نتیجه عدم صحت یا استحاله تعلیق در انشاء ۵۹۷
- ارتباط عدم صحت تعلیق با بحث قصود واقف ۵۹۷
- فرمایشات بعضی فقهاء معاصر نسبت به تعلیق در انشاء ۵۹۸
- تفاوت گذاردن میان تعلیق در انشاء با تعلیق در منشأ ۵۹۸
- اختلاف تصویر انشاء و منشأ در کلمات قوم ۵۹۹
- انحاء ملکیت در کلام این فقیه ۵۹۹
- طرح اشکال توسط بعضی از فقهاء معاصر ۶۰۰
- وجود ابهام در اشکال ۶۰۰
- پاسخ ایشان به اشکال ۶۰۰
- رد جواب ایشان به اشکال ۶۰۱
- وجود عالم نفس الامر ۶۰۲
- سهل بودن اعتبار به معنای قبول تناقض یا خلو طرفین تناقض نیست ۶۰۴

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

بحث ما در اشتراط صحت وقف به تنجیز و مبطلیت تعلیق بود. بحث دشواری است. به نظر ما می توان حکم مساله را بر اساس اجماعی که بر این اشتراط منعقد است روشن نمود. این اجماع هم در کلمات قابل تحصیل است و هم نقل شده است. و مرحوم شیخ هم در مکاسب می فرماید عمده دلیل اجماع است. لذا اگر واقف بگوید وقتت إذا جاء رأس السنة یا وقتت إذا جاء زید و مانند آن، وقف باطل است.

پس به نظر ما این اجماع هیچ مشکلی ندارد، خدشه هایی نیز که برخی از فقها در این اواخر در اجماع می کنند قածح نیست، و تشکیک در اجماع از جهت مدرکیت هم جواب دارد که قبلا بیان شد و نیازی به تکرار ندارد.

خصوصا این اشکال که قدماء نسبت به بیان اجماع ساکت بوده اند. علاوه بر پاسخی که جلسه قبل داده شد باز دوستان فحص مجددی کرده اند در کتب دیگری مانند انتصار مرحوم سید مرتضی و برخی کتب دیگر در قرون پنجم و ششم در مباحثی مانند طلاق و ظهار و ... هم اشتراط تنجیز بیان شده و هم ادعای اجماع شده است.

سید مرتضی این حکم را «مما انفردت به الامامیه» می داند. و قبلا عرض شد که در بحث طلاق یا ظهار یا دیگر عقود ایقاعات دلیل خاص دیگری بر اشتراط وجود ندارد، و ظاهرا در تمام ابواب معاملات دلیل اشتراط یکسان است.

لذا با توجه به اینکه قول مخالف در این مساله در میان فقها از قرون اولیه تا اعصار اخیر وجود ندارد به نظر می رسد از حیث اجماع مشکلی نیست و حکم این مسئله را می توان با اجماع تمام کرد. و احتیاطی هم نیست. حال اینکه مرحوم امام در متن احتیاط کرده اند خودشان می دانند، چون بحثهایش را هم ما طرح خواهیم کرد. ولی به نظر ما با اتکاء به همین اجماع می شود گفت «یشترط فی صحة الوقف التنجیز مطلقا» و نیازی هم نیست که به احوط تعلیق بزنیم.

ادله اقامه شده بر اشتراط تنجیز

منتهی در مسیر استدلال بر این اشتراط وقف بالتنجیز و مبطلیت تعلیق، چند استدلال هم بیان شده است:

دلیل اول: عدم صحت تعلیق در انشاء

یکی از ادله این است که انشاء قابل تعلیق نیست. مرحوم شیخ این دلیل را جزء وجوه ضعیف ذکر کرده و فرموده اند: «قد عرفت أن العمدة هی الاجماع ولكن هناك وجوه ضعيفة» که یکی را این دانسته اند و دیگری را فرمایش مرحوم صاحب جواهر و یکی نیز بحث جزمی است که مرحوم علامه فرموده، که اینها را یک به یک بحث خواهیم کرد. پس اولی همین بحث تعلیق در انشاء است، و خیلی بحث دشواری است.

ارتباط این مساله با مبنای شیخ ره در واجب مشروط

قبل از اینکه من اطراف این بحث را مطالعه کنم، به ذهنم آمد که نظر مرحوم شیخ در واجب مشروط و واجب معلق ارتباطی به این بحث پیدا می کند.

اگر یاد دوستان باشد در اوائل بحثهای امسال در بحث وقف متقطع الآخر یا بحثهای سال پیش که بحث وقف الی مدة بود، بیان کردیم که مرحوم شیخ می فرمود ملکیت قابل تقطیع نیست. مرحوم آخوند و مرحوم صاحب عروه به ایشان ایراد گرفتند که چه اشکالی دارد ملکیت نیز تقطیع شود؛ ملکیت نیز مانند ازدواج است، همانطور که ما در ازدواج، موقت و دائم داریم در ملکیت نیز موقت و دائم داریم. ما جواب این ایراد را بر اساس همان چیزی که مرحوم شیخ در بحث واجب معلق و واجب مشروط بیان کرده اند دادیم. در ابتدا احتمال دادیم که این مسئله با آن بحث مربوط باشد و پس از بررسی روشن شد که این ارتباط وجود دارد.

دو فقیه محقق از معلقین به کلام مرحوم شیخ یعنی مرحوم سید و مرحوم محقق اصفهانی نیز در تعلیقات این بحث را به بحث واجب مشروط ایشان ربط می دهند هر چند نتیجه ای که می گیرند قابل بحث است که انشاءالله این مباحث را یک به یک مطرح می کنیم.

مرحوم سید باب اشکال بر ایشان را باز می کند . می فرماید حرف اینجای مرحوم شیخ با مختارشان در واجب مشروط سازگار و قابل جمع نیست.

مرحوم محقق اصفهانی بر عکس، دو تفسیر از نظر ایشان نقل می کند که یکی را با واجب مشروط سازگار می داند منتهی به مبنای ایشان در واجب مشروط اشکال دارند.

ارتباط بحث واجب مشروط به مانحن فیه در کلام امام ره و کلمات عجیب ایشان

مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه در بحث بیع وقتی می خواهند بحث تنجیز را مطرح کنند از بحث واجب مشروط شروع می کنند و ادله واجب مشروط را ذکر می کنند و بعد آن را به این بحث توسعه می دهند. و به نظر می رسد تمام مطالب ایشان ناظر به فرمایشات مرحوم نائینی است.

مرحوم امام در این بحث حرفهای عجیبی زده اند. اصطلاحات خاصی دارند، هم انشاء را به معنای خاصی گرفته اند و هم منشأ را. تملیک و ملکیت را نیز به نحو خاصی معنا کرده اند. در نهایت نتیجه گرفته اند اگر انشاء تعلیق شود مطلقاً صحیح است ولی اگر منشأ تعلیق شود مطلقاً باطل است. مطالب عجیبی بیان کرده اند که انشاء الله یک به یک بررسی می کنیم.

نتیجه عدم صحت یا استحاله تعلیق در انشاء

قبل از ورود به بحث لازم است مطلبی را عرض کنم، چون بعد از اینکه مقدمه را عرض کردم می رویم سراغ فرمایش شیخ انصاری و معلقین و محشین فرمایش ایشان. باید ببینیم کسانی که می گویند انشاء تعلیق بردار نیست، مانند خود مرحوم شیخ در مکاسب که تعبیرش این است که انشاء قابل تعلیق نیست و برخی نیز تعبیر به استحاله فرموده اند می خواهند چه نتیجه ای بگیرند؟

اگر مستحیل است که انشاء تعلیق بردار باشد اگر واقف بگوید: «وقفت إذا جاء رأس الشهر» این تعلیق محال است، لذا تعلیقش هیچ و بیهوده می شود و انشائش می شود «وقفت» خالی. این عبارتها که یشرط فی صحة الوقف التنجیز علی الاحوط یا اینکه تعلیق موجب بطلان است، در صورتی است که بتوانیم انشاء را معلق کنیم و بتوانیم معلق نکنیم تا بگوئیم تنجیز شرط نیست یا شرط است. اما شما که می گوئید اصلاً تعلیق مستحیل است، یعنی تعلیق محقق نمی شود و امکان ندارد و معنای آن این است که اگر واقف بگوید: «وقفت إذا جاء رأس الشهر» این «إذا جاء رأس الشهر» نمی خورد به «وقفت» و انشائش می شود «وقفت» به تنهایی.

ارتباط عدم صحت تعلیق با بحث قصود واقف

مگر اینکه مقصودشان این باشد که کسی که وقف می کند به نحو مشروط، مقصودش وقف مشروط است ولی واقع نمی شود، پس آنچه می خواهد واقع نمی شود و آنچه واقع می شود چیزی نیست که او می خواهد. یعنی ما قصد لم يقع و ما وقع لم یقصد است. چون واقف وقف مشروط می خواست، که واقع نمی شود، و وقفی که واقع می شود که مطلق است مقصود او نیست. مگر از این باب بگوئیم باطل است، والا وجهی برای بطلان ندارد. واقف گفته «وقفت» و تعلیقش هم بیخود است، مانند حرفهای اضافه ای است که انسان به حرفش اضافه کند. عرض کردم مگر اینکه بخواهند برسانند به بحث قصود واقف و بگویند آنچه او قصد کرده واقع نشده است.

من ندیدم این طور بفرمایند. لذا دوستان فحصى انجام دهند. ظهور فرمایش مرحوم شیخ نیز این نیست که بگویند به این دلیل باطل است. در صورتی که اگر تعلیق مستحیل است یعنی این شرط به انشاء نمی چسبد و انشاء قابل تعلیق نیست. وقتی واقف انشائی انجام داده که قابل تعلیق نیست، چرا انشائش باطل باشد؟ وقفی را انجام داده و کلام اضافی را نیز به آن چسبانده، خب آن اضافه اش لغو است. عرض شد مگر اینکه مقصود این باشد که واقف نمی خواسته وقف مطلق

واقع شود؛ وقف خاص را می خواسته، یعنی وقف سر ماه را، اگر قرار باشد وقف مطلق واقع شود اصلاً مقصود او نیست. بطلان با تعلیق را به این صورت تفسیر کنیم.

فرمایشات بعضی فقهاء معاصر نسبت به تعلیق در انشاء

من قبل از ورود به فرمایش شیخ انصاری و کلام محشین به ایشان می خواهم فرمایش برخی از فقهاء معاصر را اشاره کنم، به این دلیل که بحث را خیلی سهل گرفته اند و نظری را قائل شده اند که مدققین در این بحث مانند محقق اصفهانی آن را ظاهر الفساد دانسته اند. این نظر را بیان می کنیم در ذهن دوستان باشد تا برسیم به وجه بطلان آن از منظر محقق اصفهانی و دیگران.

ایشان در تصویر این که دلیل بطلان عقد معلق این است که تعلیق در انشاء معقول نیست، فرموده اند:

«ما اعتمد علیه المتأخرون باستلزامه التعلیق فی الانشاء (اگر شما وقف را تعلیق کنید مستلزم تعلیق در انشاء است) نقله الشیخ الانصاری فی المتأخر بقوله: و ربما یتوهم أن الوجه فی اعتبار التنجیز هو عدم قابلیة الانشاء للتعلیق». ایشان توضیح نمی دهند حال که قابلیت تعلیق ندارد چه اتفاقی می افتد. وقتی واقف معلقاً انشاء می کند، می گوئید انشاء قابل تعلیق نیست، پس چه رخ می دهد؟ هیچی توضیحی نداده اند و این نکته ای است که عرض کردم.

تفاوت گذاردن میان تعلیق در انشاء با تعلیق در منشأ

حالا اشکال این کلام چیست؟ ایشان می فرماید: «یلاحظ علیه أنه خلط بین تعلیق الانشاء و تعلیق المنشأ، فإذا قال بعتك هذا المال إن جاء زید غدا فالشرط لا یرجع الی الانشاء بل الی المنشأ».

بعد ایشان توضیح داده اند که انشاء مثل استعمال است. امرش دائر بین وجود و عدم است، کما اینکه ما در مورد استعمال لفظ در معنا نمی گوئیم استعمال لفظ در معنا علی تقدیر. بلکه یا لفظ در معنا مستعمل است یا نیست، انشاء یا هست یا نیست، دیگر انشاء علی تقدیر معنا ندارد.

اما منشأ ملکیت است که «لا مانع من تصویرها علی وجهین».

دوستان خوب دقت کنند اینها همه بحث دارد. بالا فرمودند خلط بین تعلیق در انشاء و منشأ است، انشاء تعلیق نمی شود منشأ می شود.

اختلاف تصویر انشاء و منشأ در کلمات قوم

یکی از مطالبی که محقق اصفهانی ره بیان می کنند این است که انشاء و منشأ یکی هستند، انشاء و منشأ ایجاد و وجودند، متحد بالذات متغایر بالاعتبار. این خودش داستانی است که این ناشی از اختلاف در اصطلاحات است. بیان خواهیم کرد که هر کسی انشاء را یک چیز گفته و منشأ را یک چیز گفته، و این خلط اصطلاحات در اینجا به صورت عجیبی موجب اختلاف انظار شده است.

نکته دوم را خوب دوستان دقت کنند، می گویند منشأ ملکیت است، فهو الملكية فلا مانع من تصویرها علی وجهین. منشأ را ملکیت گرفته اند. مرحوم امام منشأ را چیز دیگری می گیرد. این خودش یک بحث خیلی مهمی است، ما یک انشائی داریم و یک منشأ، منشأ ملکیت است یا چیز دیگری است؟

انحاء ملکیت در کلام این فقیه

پس ایشان منشأ را ملکیت می گیرد و می گوید ما دو جور ملکیت می توانیم تصویر کنیم:

«فتارة يكون المنشأ ملكية مطلقة كما إذا قال هذا لك، و اخرى يقول هذا لك إذا جاء إبنی يوم الجمعة، فما لم يتحقق الشرط فالملكية تقديرية لا تحقيقية، وللملكية التقديرية واقعية في حد نفسها. و لذا يستغنى البایع عن الانشاء الجديد إذا حصل الشرط.»

پس ایشان دارند دو ملکیت درست می کند، یکی ملکیت تحقیقی و دیگری ملکیت تقدیری، و ملکیت تقدیری هم خودش یک واقعیت فی حد نفسه دارد، و للملكية التقديرية واقعية في حد نفسها.

این یکی از آن حرفهایی است که مرحوم اصفهانی می گوید این حرف فاسد است كما ظهر مما سبق، که ما دو جور ملکیت نداریم، بلکه ملکیت یک جور است. حالا به این می رسیم.

آنوقت در وقف هم همین را می گویند، می گویند وقف هم دو جور است یک وقف تحقیقی داریم و یک وقف تقدیری داریم.

طرح اشکال توسط بعضی از فقهاء معاصر

بعد یک ان قلتی مطرح کرده اند که ملکیت منشأ از مراتب وجود است، و وجود یا موجود است یا معدوم است. یعنی این ملکیتی که از مراتب وجود است یا این مرتبه موجود است یا معدوم است، و در عالم بین عدم و وجود فاصله نداریم. اشیاء یا هستند یا نیستند، بین هست و نیست ما چیزی نداریم. «والقول بأنها موجودة على تقدير التعليق و معدومة على تقدير التنجيز شبه بالقول بالواسطة بين الوجود و العدم». این إن قلت و اشکالی است که ایشان مطرح کرده، تا برسیم به جواب ایشان.

وجود ابهام در اشکال

در این اشکال آن قسمتش که می گوید شیء در عالم تکوین یا هست یا نیست و ما در عالم تکوین چیزی وسط نداریم روشن است. و بحث مهمی است، مدعی قائل است که ما چیزی بینابین وجود و عدم نداریم. اما نسبت به آن قسمت بعد که می گوید: اینکه شما می گوئید این ملکیت موجوده علی تقدیر التعليق معدومه علی تقدیر التنجيز شبه ...، ما اصلا نفهمیدیم یعنی چی که موجوده علی تقدیر التعليق و معدومه علی تقدیر التنجيز. تقدیرهایی که ما در بحث فعلی داریم که تقدیر تعلیق و تقدیر تنجیز نیست. ما نفهمیدیم یعنی چه. تعلیق به یک امری است مثل مجيء رأس السنة، مجيء رأس الشهر، مجيء زيد. تقدیرها اینها هستند. یعنی یک شیء را که مثلاً ملکیت است می سنجمیم با مجيء زيد. علی تقدیر التعليق و علی تقدیر التنجيز واقعا ما که نمی فهمیم یعنی چه.

خب این در إن قلت.

پاسخ ایشان به اشکال

ایشان در جواب فرموده: «ما ذکرته صحیح فی عالم التکوین». می گوید اینکه گفتید بین وجود و عدم فاصله نیست و ما وجود علی تقدیر یا معدوم علی تقدیر نداریم، در عالم تکوین صحیح است، لذا هر شیئی یا موجود است و یا معدوم. «فلاشیاء فیها بین ما هی موجودة أو معدومة». اما در عالم اعتبار این گونه نیست: «و اما عالم الاعتبار فالامر فيه سهل فلا

مانع من اعتبار الملكية على وجهين، ملكية فعلية منجزة غير متوقفة على شيء، و ملكية منشأة معلقة على تحقق الشيء، في مقابل ما ليست كذلك كما إذا لم يكن هناك أي انشاء بالنسبة اليها»^۱

رد جواب ایشان به اشکال

اینجا دو بحث وجود دارد. یک بحث این است که ایشان می گوید ما ذکرته صحیح فی التکوین. این یک بحث ما با ایشان است که انشاء الله بحث می کنیم. اما قسمت مهمش این است که می گویند در عالم اعتبار اینطور نیست. خب این یعنی چه؟ آیا یعنی در عالم اعتبار بین وجود و عدم فاصله است؟

اینکه می گوئید امر در عالم اعتبار سهل است یعنی می شود بین وجود و عدم فاصله گذاشت، می شود ما اعتبار کنیم شيء را در آن واحد موجود و معدوم، یا نه موجود و نه معدوم. فاصله این است دیگر.

اگر در عالم اعتبار امر سهل است و غیر از آن چیزی است که در عالم تکوین فرمودید بدین معنا است که می شود شيء را بگوئیم نه موجود است و نه معدوم. یعنی یک چیز نه موجود و نه معدوم را اعتبار کنیم. آیا چنین چیزی که نه موجود باشد و نه معدوم عقلایی است؟!

ایشان فرمودند و اما عالم الاعتبار فالامر فيه سهل فلا مانع من اعتبار الملكية على وجهين، سؤال ما این است که این امر سهلی که می گوئید مانعی از آن نیست، از همان قسم ما بین وجود و عدم است؟

باید بفهمائید بله زیرا اگر بین وجود و عدم نباشد که شما حرف بالا را که در تکوین پذیرفتید در اعتبار هم می پذیرفتید، پس معلوم می شود در عالم اعتبار می خواهید آن شق سوم را بپذیرید که بین وجود و عدم است. فالامر فيه سهل فلا مانع من اعتبار الملكية على وجهين، ملكية فعلية منجزة، مانعی نیست که ما یک ملکیت منجز غیر معلق تصویر کنیم، یک ملکیت منشأ معلقه على تحقق شيء تصور کنیم. حالا سؤال این است که این ملکیتی که تصویر کردید معلق، این هست یا نیست؟ على القاعدة می خواهید بگوئید که نه می گوئیم نیست و نه می گوئیم هست، یک چیز سومی است. قاعدتا این است دیگر وقتی شما مقابل وجود و عدم گرفتید. واقعا همینطوری است؟

مرحوم اصفهانی یک دقت فوق العاده اش این است، حالا بپذیریم یا نپذیریم ولی دقت فوق العاده اش این است که می گوید این حرف فسادش آشکار است که ما در بحث تعلیق، تعلیق به اینها بر نمی گردد که بگوئیم در واقع یک چیز بینابین هم داریم. این نیست. حرف ایشان این است. حالا تا ببینیم معنا چطور است. ایشان یک دقتی دارند در اینکه اصلا تعلیق کجا وارد بر ملکیت می شود.

ببینید در این بحثها به این صورت به هم ریخته نمی شود کار کرد. ما باید ببینیم تعلیق اصلا کجا وارد می شود بر ملکیت، و ملکیت دو سنخ است. به تعبیر مرحوم اصفهانی که واقعا اینجا دقیق است می فرماید این تقدیر قید ملکیت است یا از مبادی وجود ملکیت است. خیلی بحث دقیقی است که انشاءالله به آن می رسیم.

وجود عالم نفس الامر

بنابراین عرض من این است: اولاً در خود عالم تکوین ایشان گفته بین وجود و عدم فاصله نیست، بسیار خوب یک سؤال می پرسیم: جملات شرطی کجا محققند؟ علیت نفس الامری کجا محقق است؟ این را دوستان خوب فکر کنند، یکی از آن بحثهای دشوار است. حالا غربی ها هم در این باب بحث خیلی می کنند راجع به ماهیت قانونهای علمی که به آن لاو (law) می گویند ساینتیفیک لاو (Scientificlaw)، قانون علمی، قانون علمی را اگر ضرورت گرفتیم مثل ضرورت علی معلولی این کجا محقق است؟

یک وقت اینجا کره ای هست، چهل درجه هم به آن حرارت می دهیم آب می شود. خب من گزارش می دهم که این کره ای که اینجا بود با دادن چهل درجه حرارت آب شد. اما یک وقت دیگر کره ای اینجا نیست، آب شدنی هم نیست، اما یک جمله می گویم، می گویم اگر کره ای اینجا باشد و چهل درجه حرارت ببیند آب می شود. این قضیه صادق است یا نه؟ کجا صادق است؟ چه جور تحقیقی دارد این قضیه که اگر کره چهل درجه حرارت ببیند آب می شود. نه اینجا کره ای هست و نه آب شدنی هست، صدق این قضیه کجاست؟ عده از فیلسوفان (نمی گویم همه) مجبور شده اند یک ظرف نفس الامر در نظر بگیرند که اوسع از وجود فعلی است. و به تعبیری بین حقائق حالا بگوئیم ماهیات یا بگوئیم وجودات مقدر، بین اینها واسطه برقرار می کنند. خیلی بحث دشوار و مهمی است. ان شاء الله یک وقت که حوصله کنم این را بحث می کنم، من خودم یک برهانی بر اثبات واجب طراحی کرده ام، و یکی از مقدماتش استفاده از همین نکته است. من چنین برهانی را در جایی ندیدم. خدا رحمت کند آیت الله مصباح را، یک وقتی به گوشش رسیده بود به من گفته بود دوست دارم این برهان را برای من تقریر کنید، و من برای ایشان تقریر کردم، البته ایشان این بحث خیلی برایشان جا نمی افتاد، منتهی

من از این مقدمه استفاده کردم که رابطه علت و معلول یک رابطه نفس الامری است. دقت کنید همه این را نمی گویند، روی اصالة الوجود بعضی ها می گویند بین وجودات رابطه است.

سؤال من این بود که اگر وجودات نبودند رابطه بین علت و معلول نبود؟ این همین حرفی است که اینجا می زنم. وقتی کره هست و چهل درجه حرارت هست و پیوند بین اینها هم هست. سؤال این است که اگر کره نبود و چهل درجه حرارت هم نبود، آن رابطه واقعی بین آب شدن کره و چهل درجه حرارت در ظرفی که وجود ندارند نیست؟ اگر بگوئید رابطه نیست معنایش این است که می شود کره موجود بشود و چهل درجه حرارت هم ببیند ولی آب نشود. یا هر علت و معلولی اگر بگوئید رابطه علتی تقوم به وجود طرفین دارد، معنایش این است که اگر یک طرف وجود نداشت آن رابطه دیگر نباشد. آنوقت معنایش این است که بنابراین می شود علت باشد ولی یک چیز دیگری از آن حاصل شود، یا معلول باشد از یک چیز دیگری حاصل شده باشد. وقتی یک طرفش نباشد می شود دیگر. حالا این بحث سر جای خودش، اگر یک وقتی فرصت شد بالتفصیل بحث می کنیم.

پرسش ما از ایشان این است که صدق قضایای شرطیه کجاست؟ اینکه شما در باب ملکیت می گوئید دقیقا مثل شرطیه در عالم تکوین است. شما نفرمودید که این قضیه شرطیه که اگر کره چهل درجه حرارت ببیند آب می شود، در حالی که هنوز نه کره ای اینجا هست و نه آب شدنی، واقعیت این جمله کجاست؟ اصلا واقعیت دارد یا بگوئیم خواب و خیال است. ولی مفاد جمله شرطیه واقعیتی دارد. ما در بحث واجب مشروط گفتیم که مفاد جمله شرطیه واقعیتی دارد. بله طرفینش بالفعل الان نیست، ولی مگر واقعیتها فقط مخصوص عالم فعلیت است. ما می خواهیم بگوئیم یک عالم نفس الامری داریم اوسع از این عالم. مرحوم آقای صدر هم یک جاهایی می گوید منتهی می گوید لوح واقع اوسع از وجود است. منتهی درست به نظرم تصویر نمی کند ولی فکر می کنم یک همچنین چیزی می خواهد بگوید که یک واقعتهایی در یک ظرفی هستند که ظرف نفس الامر می گوئیم حالا ایشان تعبیر دیگری می کند.

پس بنابراین راجع به واقع شما گفتید بین وجود و عدم فاصله نیست، این واضح است که بین وجود و عدم فاصله نیست. ولی خود همین یک نحوه واقعیت است، یک نحوه وجود است. خوب دقت کنید این هم یک نحوه وجود است، وجود جمله شرطیه یعنی مفاد جمله شرطیه یک نحوه وجود است در عالم. تعلیق یک نحوه وجود است.

آنوقت شبیه این را در بحث قوه و فعل هم باید بگوئید. اگر بنا باشد وجودات فقط فعلیات باشند پس قوه و استعداد چیست؟ در حالی که قوه حتما یک نحو وجود است. شما در عالم اگر قوه را انکار کنید خیلی چیزها را باید انکار کنید، اگر استعداد را بخواهید انکار کنید خیلی چیزها را باید انکار کنید. استعدادها وجود دارند شما نمی توانید انکار کنید. اما

کجا هستند؟ یک نحوه وجود هستند. این فعلیت نیست. استعداد آتش گرفتن در هیزم هست، استعداد آتش گرفتن، آتش گرفتن نیست، بین وجود آتش گرفتن و عدمش هم فاصله نیست اما استعداد آتش گرفتن یک واقعیت است و یک نحوه وجود است. ولذا مرحوم صدرالمآلهین هم وقتی وجود را به واحد و کثیر، به قوه و فعل تقسیم می کند، این یک واقعیت است. چرا؟ برای اینکه قوه هم نحو وجود است. نه اینکه عدم است بلکه نحو وجود است. آن وجود فعلی نیست ولی نحو وجود است. عالم ما اینطوری ساخته شده که در آن وجود فعلی هست وجود استعدادی هم هست. عرض ما این است که این فقیه بزرگوار زود پذیرفتند که بین وجود و عدم فاصله نیست، می گوئیم بله فاصله نیست، اما چه ربطی داشت به این مطلب که ما بگوئیم یک نحوه واقعیتهای تعلیقی در عالم وجود دارد. واقعیت تعلیقی است. یعنی تعلیقها در عالم مثل استلزامات یک نحوه واقعیت است در عالم. تعلیق مثل استلزام می ماند، یک نحوه واقعیت است. و همان نکته در مورد ملکیت هم هست. پس شما جدا نکنید.

سهل بودن اعتبار به معنای قبول تناقض یا خلو طرفین تناقض نیست

اما اینکه فرمودید اعتبار سهل است، این را هم ما قبول نداریم. درست است که اعتبار همیشه واقعیت ندارد، اصلاً آنکه معمول است این است که اعتبار خلاف واقع است. آنکه معمول است عرض می کنم، خلاف واقع است، ولی نکته این است که هر چیزی که خلاف واقع شد نمی شود بگوئیم که تناقض هم در آن درست است یا خلو از تناقض هم در آن ممکن است. اینکه همچنین حرفی درست نیست.

ولذا این را ما باید بعداً بررسی کنیم که آیا ملکیت تقدیریه و ملکیت منجزه دو نوع ملکیت هستند، یا تعلیق و تنجیز از مبادی وجود همان ملکیت وحدانی است، که مرحوم اصفهانی می گوید، حالا تا برسیم انشاءالله.

دوستان روی این مسئله فکر کنند، جلسه بعد ما فرمایش مرحوم شیخ را طرح می کنیم، چون عبارات شیخ هم یک دردسرهای حسابی دارد. اول لب حرف مرحوم شیخ را تشخیص بدهیم که چه می گوید، بعد بیائیم سر کلام محشین و گفتگوی آنها با مرحوم شیخ و نقضهایی که به ایشان کرده اند، می گویند حرف شما اینجا با حرف واجب مشروطان سازگار نیست.

تا ببینیم سازگار هست یا نه. به نظر من بعید نیست بشود جمع کرد. خصوصاً اینکه این محشین تفتن پیدا کرده اند اما نحوه تطبیقشان درست نیست. آن چیزی را که باید با وجوب شبیه کنند خیلی روشن نیست. انشاءالله جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

شماره جلسه: ۱۲۵ (سال دوم)

درس خارج فقه آیت الله آملی لاریجانی (حفظه الله)

تاریخ: ۱۳۹۹/ ۱۱/ ۱۲

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: تنجیز در وقف (مسأله ۲۲)

باسمه تعالی

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۰۶

ارتباط بحث تعلیق در انشاء با بحث واجب مشروط ۶۰۶

رد عدم صحت تعلیق در انشاء توسط مرحوم شیخ ۶۰۷

کلام مرحوم اصفهانی ره ۶۰۸

ماهیت انشاء ۶۰۸

انشاء موضوع اعتبار عقلاء یا شارع است ۶۱۱

تصویر ملکیت معلقه توسط محقق اصفهانی ۶۱۳

از منظر محقق اصفهانی ما دو جور ملکیت نداریم ۶۱۴

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

بحث ما در اشتراط تنجیز در وقف بود و اینکه تعلیق در وقف موجب بطلان است. عرض کردیم دلیل عمده، اجماع است. مرحوم شیخ در مکاسب به مناسبت اینکه تنجیز شرط بیع است تصریح می کند که همه معاملات مشروط به تنجیزند و دلیل خاصی در بیع یا وکالت یا وقف وجود ندارد و دلیل عمده در همه معاملات اجماع است.

ایشان می فرماید به یک وجوه ضعیف دیگری نیز تمسک شده، که اینها را یک به یک بررسی می کنیم:

اولین وجه این است که تعلیق در انشاء معقول نیست.

جلسه گذشته برخی از مطالبی که مربوط به این وجه بود بیان شد. این بحث از مباحث دشوار است. در بیان مرحوم شیخ اجمالهایی وجود دارد که برای روشن شدن آن باید با تحقیق شقوق تمام صوری را که ثبوتاً معقول است بدست آوریم تا ببینیم مقصود مرحوم شیخ رحمه الله علیه چه بوده است.

ارتباط بحث تعلیق در انشاء با بحث واجب مشروط

بحثی هم درباره ارتباط نظر ایشان در اینجا با آنچه که در بحث واجب مشروط مطرح کرده اند وجود دارد. ایشان وجوب مشروط را به دو دلیل نمی پذیرند، که یک دلیل لفظی است و دیگری لبی. محقق اصفهانی به نحوی این مطالب را

به هم مرتبط می داند و مرحوم صاحب عروه نیز در حاشیه مکاسبشان این بحث را به بحث واجب مشروط ارتباط داده اند هر چند در نحوه نتیجه گیری متفاوت از محقق اصفهانی اند.

محقق اصفهانی با احتیاط بیشتری صحبت می کند، ایشان صوری را که محتمل است مقصود مرحوم شیخ باشد بیان کرده و در عین حال بحث اینجا را به بحث واجب مشروط وصل می کنند. خود این نحوه وصل کردن و تطبیق کردن بحث اینجا با واجب مشروط تبدیل به داستانی شده است. از دوستان خواهش می کنم که در این مباحث دقت بیشتری کنند و هم اجازه دهند همه بحثهایی که در عبارات محقق اصفهانی یکجا طرح شده است به صورت یکپارچه مطرح نکنیم. زیرا برای ما لازم است در ابتدا مسئله را تنقیح کنیم سپس به این حواشی بپردازیم.

مرحوم صاحب عروه اصرار بر اشکالشان بر مرحوم شیخ دارند و قائلند نظر مرحوم شیخ در این بحث و اقرار و اعترافی که به امکان تعلیق در منشأ کردند با واجب مشروط تهافت دارد.

هر چند این تنافی بحث جالبی است و لازم است بررسی شود لکن مساله اصلی در بحث ما نیست. در جلسه گذشته اشاره شد که ما نیز بیانی در کیفیت ارتباط بحث ملکیت موقت و ملکیت مطلقه با نظریه مرحوم شیخ در واجب مشروط داریم که غیر از فرمایش این دو بزرگوار است. لکن همه این بحثها تا حدی جنبی است، و اصل مسئله چگونگی تصویر تملیک معلق و وقف معلق است. و اصل اشکال در باب تعلیق در انشاء است.

رد عدم صحت تعلیق در انشاء توسط مرحوم شیخ

مرحوم شیخ می فرمایند: این وجه که گفته اند اعتبار تنجیز و عدم تعلیق در معامله از باب این است که انشاء تعلیق بردار نیست، واضح البطلان است. زیرا اگر مراد از انشاء، مدلول کلام است، «فالتعلیق غیر متصور فیه» در مدلول کلام تعلیق تصویر نمی شود. ایشان نگفته اند چرا، که باید ببینیم علتش چه چیزی می تواند باشد. این را مسلم گرفته اند که اگر مقصود از انشاء، مدلول کلام است، تعلیق بردار نیست. منتهی می گویند بحث در این نیست. اینکه می گویند در معامله تعلیق، مبطل است و تنجیز شرط است، بحث مدلول کلام نیست. و اگر پرسش این است که آیا همانطور که ما می توانیم ملکیت متحققه علیّی تقدیر را انشاء کنیم، می توانیم ملکیت متحقق علیّی تقدیر را انشاء کنیم؟ پاسخ مثبت است و دلیلی بر استحاله این انشاء وجود ندارد و این هم در عرف و هم در شرع کاملاً معقول است.

ایشان تعبیر جالبی دارند که مرتبط با بحث واجب مشروط است. می فرمایند در اوامر و معاملات من العقود و الایقات، یعنی در همه جا چنین چیزی ممکن است. مانند اینکه بگوئیم «هذا لك إن جاء زيد غدا». ظهور فرمایش ایشان این است که گوینده این کلام در مقام انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر خاص است.

«أو خذ المال قرضا أو قرضا إذا اخذته من فلان أو نحو ذلك». قراض یعنی مضاربه، مالک می گوید این مال را به عنوان قرض یا مضاربه قبول کن اگر از فلانی گرفتی.

پس ایشان می فرمایند اگر سؤالتان این است که انشاء ملکیت معلق مقدر ممکن است؟ واضح است که چنین چیزی متصور است، و در عرف و شرع کثیرا واقع می شود چه در اوامر و چه در معاملات، و در معاملات هم چه در عقود و چه در ایقاعات.

این واقعا کلام مجملی است، حالا بعدا عرض می کنیم که چه جوری مجمل است.

کلام مرحوم اصفهانی ره

محقق اصفهانی در بیان مطالبشان بسیار ناظرند به فرمایشات محقق نائینی و صاحب عروه و بیشتر نیز به صاحب عروه نظارت دارند و با عبارت تندی فرمایش ایشان را رد می کند.

ماهیت انشاء

ایشان قبل از نقد فرمایش مرحوم صاحب عروه مجبور می شوند ماهیت انشاء را به صورت مختصر بیان کند. ایشان بحث انشاء را در اصول در اوائل شرح کفایه مطرح کرده اند و در جاهای مختلفی تکرار کرده اند. همینطور در بحث شرح مکاسب در همان اوائل بحث حق و حکم یا قریب به این بحث، ماهیت انشاء را به تفصیل آورده اند.

در باب انشاء چندین نظریه وجود دارد که جای بحث آن اینجا نیست و باید مباحث را مفروض بگیریم و دوستان علی الاجمال به آن آگاهند. شاید مهمترین و مشهورترین قول این باشد که انشاء عبارت است از «ایجاد المعنی فی الوجود» یا «ایجاد المعنی باللفظ فی نفس الامر یا عند العقلاء»، و امثال این تعبیر. فی نفس الامر بیانی است که مرحوم آخوند دارد، و مرحوم اصفهانی می فرماید کما عرفه بعض الاعلام که انشاء عبارت است از ایجاد المعنی باللفظ فی نفس الامر.

منتهی این را باید دقت کرد که اگر مقصود این باشد که انشاء عبارت است از ایجاد معنا باللفظ فی نفس الامر حقیقتاً، این اشکال دارد. مرحوم اصفهانی می فرماید معنا دو تا وجود حقیقی بیشتر ندارد، یکی وجود ذهنی و یکی وجود واقعی در خارج، و هیچکدام به توسط لفظ حاصل نمی شود. لفظ به تعبیر دیگر از وسائط ثبوت تحقق این معنا چه در ذهن و چه در خارج نیست. وجود ذهنی معنا سببش نفس ما است، البته اینجا ایشان فرموده اند جای دیگر گفته اند. و وجود خارجی اش اسباب خودش را دارد. اینطور نیست که من وقتی می گویم برو، انشاء برو معنا را در خارج ایجاد کرده باشد.

پس به نظر ایشان آنچه معقول است این است که ما بگوئیم لفظ با قرارداد و مواضعه ای که در بحث وضع صورت می گیرد، بعد از وضع، تلفظ به آن لفظ، بالمباشرة و حقیقتاً وجود للفظ است. و همین وجود لفظ ینسب الی المعنی بالعرض و المجاز. بنابراین من وقتی تلفظ به لفظ می کنم و معنا را قصد می کنم، ایجاداً للفظ حقیقة و ایجاد للمعنی بالعرض و المجاز. پس ایجاداً حقیقی للفظ و ایجاد عرضی، مجازی، اعتباری، تنزیلی (به هر عبارتی می خواهید بگوئید) للمعنی، نه ایجاد حقیقی.

پس اینکه عرّفه بعضی الاعلام که انشاء، ایجاد المعنی باللفظ فی نفس الامر، یعنی ایجاداً باللفظ فی نفس الامر تنزیلاً و بالعرض و المجاز. به تعبیر دیگر لفظ واسطه در ثبوت معنا نیست بلکه واسطه در عروض برای یک معنا است.

این نظر محقق اصفهانی است که واقعا جای بحث دارد. زیرا اولاً لازمه فرمایش ایشان این است که انشاء در واقع یکی از حصص استعمال باشد. زیرا معنای ایشان از انشاء با حقیقت استعمال یکی است. لذا ایشان به این مطلب تصریح می کند و می گوید: از ما مراراً شنیدید که در واقع، انشاء از طواری استعمال لفظ در معنا است. و قسم خاصی از استعمال است. چرا می گوئیم قسم خاص؟ چون ما انشاء را در معانی تامه قائلیم. البته ممکن است در مثل «به به» و امثال آن بگوئیم مفاد تامه نیست. یا کسی که در خوشحالی «هورا» می کشد در واقع نوعی انشاء است لکن ممکن است آن را مفاد جمله تامه ندانیم البته ممکن هم هست کسی این را تامه بدانند. پس جدای از این نقضها به نظر محقق اصفهانی در جائی که مفاد جمله تام باشد انشاء با همین ایجاد المعنی بالعرض بوجود اللفظ محقق می شود در حالی که همین امر در هر استعمالی واقع می شود. و ایشان نیز از این حرف اباء ندارند و می گویند در واقع انشاء، سنخ خاصی از استعمال است در جائی که معنا تام باشد.

نکته مهمتر این است که به نظر ایشان همین ایجاد معنا باللفظ به نحو ایجاد عرضی در اخبار هم هست. فقط اخبار یک مرحله فراتر است زیرا در آن همان معنایی که بالعرض به وجود اللفظ موجود می شود را حاکی از وراء و خارج قرار

می دهیم. پس إخبار لبا (نه اصطلاحاً) مانند انشاء است به علاوه شیئی دیگر. یعنی ایجاد المعنی باللفظ و بعد هم افناء این معنا یا حاکی قرار دادن این معنا از وراء خودش که خارج باشد.

البته به لحاظ اصطلاحی إخبار در واقع یک حصه خاصی است از انشاء توأم با حکایت، و انشاء اصطلاحاً مخصوص آنجایی است که متمحض باشد در همان قسم و دیگر فراتر نرود. و الا لبا آنچه که در انشاء رخ می دهد و آنچه که در إخبار رخ می دهد در قسمت اول مشترک هستند، فقط قسمت دوم را انشاءات اصطلاحی ندارند إخبارات دارند. یعنی در واقع مرحوم اصفهانی عملیاتی را که در انشاءات اصطلاحی و إخبارات اصطلاحی صورت می گیرد تحلیل می کند، می گوید این دو لبا در این قسمت از عملیاتی که صورت می گیرد مشترکند و اخبارها یک چیز مازاد دارند.

این تفاوت در مقام اصطلاح را خود ایشان قبول دارد لذا در بحث اخبار و انشاء می گوید اصطلاح انشاء برای آنجایی است که دیگر آن امر مازاد یعنی حکایت از خارج وجود نداشته باشد و اصطلاح إخبار آنجایی است که این امر مازاد وجود داشته باشد، اما لبا عملیه ای که صورت می گیرد اینهاست.

تا همینجا یکی دو مطلب را باید روشن کنیم. ایشان اینجا وقتی بحث تمام شد می گوید: بنابراین انشاء یک نحوه ایجاد است. ایجاد و وجود مساوق و متحدند حقیقتاً و مختلفند اعتباراً. به این مطلب که ایشان انشاء و منشأ را ایجاد و وجود می داند دقت کنید، چون با آن در اشکالاتی که ایشان به دیگران می کند کار داریم. بنابراین در نظر ایشان انشاء از منشأ جدا شدنی نیست. به نظر ایشان اینکه عده ای می گویند انشاء تعلیق برنمی دارد ولی منشأ تعلیق برمی دارد، حرف عجیب و غریبی است. انشاء و منشأ یکی هستند، تغایرشان اعتباری است مانند ایجاد و وجود. حقیقت انشاء ایجاد المعنی است، حقیقت منشأ هم وجود همین معنا است. منتهی یک وجود را وقتی نسبت می دهیم به فاعلش می گوئیم ایجاد، به خود ماهیت می گوئیم وجود. لذا ایجاد و وجود در هر وعائی که باشند با یکدیگر متفاوت نیستند. اگر ایجاد، انشاء است، وجود هم انشاء است. اگر ایجاد اعتباری است (کما اینکه الان بحثش می آید) وجود هم اعتباری است. و لذا انشاء و منشأ فرقی نمی کنند.

ایشان (با حذف مطالب مقدمی) می فرماید: «و من الواضح ان الایجاد و الوجود سواء كانا بالذات أو بالعرض لا ینفک احدهما عن الآخر لاتحادهما ذاتا و اختلافهما اعتبارا». چه ایجاد حقیقی و چه ایجاد بالعرض والمجاز. «و بما ذکرنا ینعلم استحالة تخلف الانشاء عن المنشأ»^۱.

ایشان در مقام ابطال نظر کسانی است که گویند انشاء، تعلیق بردار نیست ولی منشأ تعلیق بردار است. ایشان می گوید انشاء و منشأ یکی هستند از هم جدا نمی شوند. مثل آنهایی که می گویند انشاء الان هست منشأ که ملکیت علی تقدیر هست بعدا می آید. که ایشان می گوید انشاء و منشأ از همدیگر قابل تفکیک نیستند.

انشاء موضوع اعتبار عقلاء یا شارع است

بحث اصلی ما این نبود. مرحوم اصفهانی این بحثها را به عنوان مقدمه برای بحث اصلی ذکر می کند.

ما در معاملات باید تحلیل کنیم بینیم چه چیزی رخ می دهد. در عقود انشائی از ناحیه موجب و قابل رخ می دهد. و در ایقاعات فقط ایجاب محقق می شود و یک انشاء رخ می دهد، این انشاء از ناحیه موجب و قابل یا منشئ مباشری است، انشاء عمل و کار منشئ است. در پرانتز هم عرض کنم: خیلی وقتها خیال می کنند انشاء مثل لفظ معنا دارد. نه، انشاء یک کار است، مثل راه رفتن می ماند. ما بارها در بحث اصول هم عرض کردیم که انشاء مانند راه رفتن می ماند. تعبیر اینکه معنای انشاء چیست غلط است، مثل این است که بگوئیم معنای راه رفتن چیست. راه رفتن کاری است که انجام می دهیم، انشاء هم همین است. ما لفظ داریم و معنا داریم، دلالت لفظ بر معنا داریم. و انشاء مثل استعمال است. معنا ندارد در باب استعمال بگوئیم معنای استعمال چیست! نه مفهوم لفظ الاستعمال، بلکه وقتی لفظ آب را در معنایش استعمال می کنیم داریم یک کاری انجام می دهیم مثل راه رفتن. منتهی راه رفتن حرکت تکوینی خارجی است، این هم یک حرکت تکوینی خارجی است منتهی با لفظ و معنا است. قصود معنا و غیره هم که ذهنی است در آن دخالت دارد، والا فرقی نمی کنند.

حالا حرف این است که این انشاء که یک عملیه و یک کار مباشری منشئ هست این موضوع قرار می گیرد برای اعتبارات من العقلاء یا من الشارع. یعنی شارع می گوید موضوع اعتبار من، انشائی است که متبایعین با این خصوصیات انجام دادند. من اعتبار می کنم ملکیت را عند حصول هذا الانشاء با این شرائط. وعقلاء هم همین کار را می کنند. عقلاء هم

۱ حاشیه کتاب مکاسب (للاصفهانی، ط - الحیثیة)؛ ج ۱، ص: ۲۸۶

می گویند هرگاه متبایعین این انشاء را با این خصوصیات انجام دادند، ما اعتبار ملکیت ثمن می کنیم برای بایع و اعتبار ملکیت مبیع می کنیم برای مشتری. پس کاری که متبایعین انجام می دهند انشاء ایجاب و قبول است و کاری که شارع یا عقلاء می کنند اعتبار ملکیت است. حال می خواهیم ببینیم تعلیق کجا واقع می شود.

محقق اصفهانی می فرماید تعلیقی که متصور است این است که عقلاء یا شارع بگویند که اعتبار ملکیت ما نسبت به ثمن و مثنی در جائی است که انشاء متبایعین به همراه حصول آن امر معلق علیه محقق شود. مثلاً اگر بیع معلق بر مجیء زید باشد عقلاء می گویند ما اعتبار می کنیم ملکیت را عند حصول مجیء زید. یعنی وقتی انشاء متبایعین حاصل شد و آن معلق علیه نیز آمد، عقلاء اعتبار ملکیت می کنند.

این اعتبار ملکیت از ناحیه عقلاء مباشری است، اما از ناحیه متبایعین مباشری نیست. تسبیبی است. یعنی متبایعین مباشرتاً کاری می کنند که موضوع اعتبار عقلاء حاصل شود؛ و این کار آنها همان انشاء آنهاست. انشاءشان مباشری خودشان است، ولی تملیکی که معمولاً به آنان نسبت داده می شود و گفته می شود متبایعین تملیک کردند یا واقف تملیک کرد، تملیک تسبیبی است.

به چه معنا تسبیبی است؟ به این معنا که آنان ملکیت عقلائی یا شرعی را اعتبار نمی کنند، کار آنها تسبیب برای حصول اعتبار ملکیت از طرف عقلاء یا شارع است به وسیله انشاء.

حال می خواهیم ببینیم تعلیق کجا واقع می شود؟ دقت بفرومائید تصویر محقق اصفهانی از حقیقت انشاء در این بحث تاثیر چندانی ندارد و تنها از باب اینکه تصویر دقیقی بود مطرح شد. به نظر ایشان وقتی منشی انشاء می کند در واقع ایجاد می کند معنا را بالعرض بوجود اللفظ. می خواهیم ببینیم تعلیق در کجا است. این پرسش نسبت به نظر محقق خوئی ره هم انشاء را ابراز اعتبار نفسانی می داند پیش می آید.

وقتی متبایعین یا واقف انشاء می کنند معلق بر رسیدن سر ماه، انشاء یعنی این تلفظ به لفظ که حاصل است، معنا هم که بالعرض بوجود اللفظ موجود می شود و حاصل است لذا در این انشاء هر چه بوده با تقدیرها و تعلیقه‌هایش حاصل است. آن چیزی که حاصل نیست عبارت است از آن ملکیتی که اعتبار عقلاء است. چون عقلاء می ایستند تا زمان حصول آن معلق علیه انشاء تا اعتبار ملکیت کنند.

پس ما در انشاء تعلیق نداریم، انشاء یک لفظ است که در زمان انشاء حاصل است، معنای بالعرض والمجازش هم الان حاصل است، چون ایجاد عرضی اش الان با همه بار و بندی‌هایش حاصل است. همان چیزی که منشی اسمش را

گذاشته تعلیق، در همین زمان حاصل است. پس چه چیزی از آن معلق است؟ گفته وقتت إذا جاء رأس الشهر یا رأس السنة. همه این الفاظ که الان حاصل است، معنای بالعرض والمجازش هم که حاصل است، دیگر انشاء چیز معلقی ندارد.

لذا اگر بنا باشد تعلیقی در جایی وجود داشته باشد در همان اعتبار عقلائی است که می گویند وقتی منشی به این صورت معلق، انشاء کرد ما در اعتبارمان مکث می کنیم تا زمانی که علاوه بر انشاء، آن معلق علیه هم حاصل شود بعد ما اعتبار ملکیت می کنیم. و این اعتبار در دست عقلاء است لذا در مواردی که تعلیق را قبول دارند مانند وصیت، به این صورت عمل می کنند. و در واقع اعتبار ملکیت به حمل شایع از جانب عقلاء معلق است بر رسیدن سال یا سر ماه و مانند آن. چرا می گوئیم بالحمل الشایع؟ چون متبایعین الان انشاء ملکیت می کنند ولی اعتبار ملکیت به حمل شایع از جانب عقلاء یا شارع بعد از تحقق معلق علیه حاصل می شود. لذا در اینجا صحیح است بگوئیم که اعتبار الملكية من العقلاء منوطه به این معلق علیه. پس اعتبار بالحمل الشایع منوط و معلق است، اما انشاء که کار مباحثی متعاقدین بوده نه.

تصویر ملکیت معلقه توسط محقق اصفهانی

گفتیم کار متعاقدین علاوه بر انشاء، تسبیب هم هست. پرسش این است که تسبیب کی واقع می شود؟ محقق اصفهانی می گوید معنا ندارد بگوئیم تسبیب واقع شده ولی مسبب نیامده است. تسبیب عقلاء یا شارع من جهة الانشاء برای حصول ملکیت اعتباری من العقلاء یا من الشارع است. پس هر وقت عقلاء یا شارع اعتبار ملکیت کردند تسبیب برای ملکیت عقلائی یا شرعی بالحمل الشایع نیز موجود است، ولی قبلش بالفعل نیست و فقط اقتضائی است. کار متبایعین تا قبل از تحقق معلق علیه تسبیب اقتضائی است. این اقتضاء وقتی آن معلق علیه بیاید سبب را برای اعتبار عقلائی یا شرعی، تام می کند.

پس حرف محقق اصفهانی این است که انشاء تملیک با تملیک انشائی مساوق اند. تملیک انشائی چیست؟ همان ملکیتی که بالعرض به وجود لفظ حاصل می شود که در انشاء حاصل است. کار تسبیبی متعاقدین نیز تسبیب برای ملکیت اعتباری عقلائی به وسیله انشاء است. این تسبیب به حمل شایع وقتی حاصل می شود که اعتبار عقلاء بیاید و این اعتبار وقتی می آید که معلق علیه بیاید. پس تصویر ایشان از ملکیت معلقه به این صورت است و ما دو نحوه ملکیت معلقه و غیر معلقه نداریم.

روشن باشد که همه حرفها مال محقق اصفهانی است. باید حواستان را جمع کنید، چون دیروز هم اشاره کردم بعضی از فقهاء معاصر دو سه مبنا را در هم خلط کرده اند، حالا روشن می شود که مبانی هر کدام چه نتیجه ای دارد. فرمایش

آقای اصفهانی این است که ما یک ملکیت بالحمل الشایع از ناحیه عقلاء یا از ناحیه شارع داریم. از این ملکیت بالحمل الشایع یک تسبیبی برای متعاقدین حاصل می شود بالانشاء. که این تسبیب کی بالحمل الشایع است؟ وقتی که اعتبار ملکیت بشود. ما دو تا ملکیت نداریم یک ملکیت غیر معلقه، یک ملکیت معلقه. ممکن است با تسامح چنین تعبیری به کار بریم ولی واقعیت این است که ملکیت دو جور نیست. اعتباراً من العقلاء. قیدی هم ندارد. منتهی یک اعتبار بعد از انشاء و مجيء زید حاصل می شود و یک اعتبار فقط به انشاء حاصل می شود.

از منظر محقق اصفهانی ما دو جور ملکیت نداریم

تمام این تحلیلها برای این است که روشن کنند فرق ملکیت معلقه و غیر معلقه چیست. فرق تملیک معلق و غیر معلق چیست. خوب دقت کنید، بحثها پیچیده شد ولی بحث دقیقی است و ثمره مهمی دارد. حرف محقق اصفهانی این است که ملکیتی که کار عقلاء و شارع است یک سنخ بیشتر نیست، اعتبار ملکیت است. ما دو جور اعتبار نداریم. تفاوت تنها در زمان حصول این اعتبار است. این اعتبار گاهی با انشاء و ضمیمه مجيء زید است بخاطر نحوه خاص انشائی که منشئین کرده اند. به این ملکیتی که بعد از تحقق معلق علیه اعتبار می شود می گوئیم ملکیت معلقه. این ملکیت چه زمانی بالفعل می شود؟ می گوئیم بعد از آمدن مجيء. به این می گویند تملیک مقید یا معلق. یکوقت دیگر این اعتبار ملکیت بعد از انشاء محقق است و مجيء زید نمی خواهد، به این می گویند تملیک غیر معلق. تملیک تنجیزی.

خارج از اصطلاحات نظر ایشان در تفاوت بین این دو جور ملکیت این است که این دو در آن اعتبار ملکیت فرقی ندارند. در انشاء و تحقق انشاء نیز هیچ فرقی ندارند، در هر دو، ایجاد، محقق است وجودش هم محقق است در انشاء. بله در انشاء یکی عبارت إن جاء زید آوردیم و در یکجا نیاوردیم. ولی این إن جاء زید مثل جاهای دیگر ایجاد معنا بالعرض بوجود اللفظ دارد، که ضمیمه وقت است، ضمیمه ملکیت است وامثال این.

به تعبیر مرحوم اصفهانی فرق اینها فقط در مبادی وجود اینهاست. یکی وجودش روی انشاء خالی است، یکی وجود همین ملکیت روی انشاء به اضافه مجيء زید است. اما این اختلاف، اختلاف در خود اعتبار ملکیت نمی آورد، هر دو جا اعتبار ملکیت است. هر دوی آنها یک ملکیت هستند، اصلاً هیچ فرقی نمی کنند. سبب که در اینجا یعنی آن موضوعی که اعتبار ملکیت روی آن می آید فرق می کند، یکوقتی خود انشاء خالص است و یکوقت انشاء با مجيء زید است.

اینها را ایشان برای چه می گوید؟

برای اینکه ممکن است به نظر رسد برخی عبارات مرحوم شیخ در مقام افاده این مطلب است که ما اصلاً دو سنخ ملکیت داریم. دوستان اگر دقت کرده باشند من فرمایش برخی فقهاء معاصر را که خواندم همین بود که تصریح کردند که ما دو جور ملکیت داریم. «اما المنشأ فهو الملكية فلا مانع من تصویرها علی وجهین، فتارة يكون المنشأ ملكية مطلقة كما إذا قال هذا لك، و اخرى يقول هذا لك إذا جاء ابني يوم الجمعة، فما لم يتحقق الشرط فالملكية تقديرية لا حقيقية، وللملكية التقديرية واقعية فی حد نفسها».^۱

این دقیقاً چیزی است که مرحوم اصفهانی می خواهد آن را نفی کند. ایشان می گوید ما دو جور ملکیت نداریم تنجیزی و تعلیقی. می فرماید: «فإن ارید ما ذکرناه من التعليق بلحاظ الملكية الاعتبارية و هي المعلقة علی وجود الشرط فتوجد عنده و الا فلا». یعنی این اعتبار ملکیت من العقلاء یا شرع توجد عند تحقق مجيء زيد و الا فلا يوجد. اگر این است «فیدور امر الملكية الحقيقية بين الوجود و العدم لا أن المتحقق بالفعل سنخان معلق و منجز».^۲

درست رد حرفی است که مرحوم شیخ اینجا می زند که «فالملكية تقديرية لا حقيقية، وللملكية التقديرية واقعية فی حد نفسها». یعنی یک ملکیت تقدیری واقعی فی حد نفسها داریم یک ملکیت تنجیزی داریم. این دقیقاً همان چیزی است که مرحوم اصفهانی رد می کند، می گوید همچنین چیزی ما نداریم.

حالا اینکه درست است یا نه به آن می رسیم، اول ما بفهمیم که اینجا دعوایا سر چیست. حرف مرحوم اصفهانی این است که در مثال محسوس ما اگر دو تا درخت داریم دو تا سیب به آن آویزان هست، سیب در سیب بودنش فرق نمی کند، منشأ تحققهایشان فرق می کند. ما اگر دو تا ملکیت داریم یکی می رود روی انشاء صرف و یکی می رود روی انشاء به اضافه مجيء زيد، اعتبار ملکیت اعتباری اش فرق نمی کند، بلکه آن موضوع فرق کرده است. پس ما دو سنخ ملکیت نداریم. اصلاً مرحوم اصفهانی می گوید ملکیت تعلیقی نیست و ما اصلاً یک ملکیت بیشتر نداریم اعتباری من العقلاء أو الشرع. این ملکیت یا هست یا نیست. تمام. دیگر هیچ چیز این وسط نداریم.

بله این را ایشان قبول دارد که این ملکیت ممکن است موضوعش فقط انشاء محض باشد یا انشاء به اضافه مجيء زيد باشد. می فرماید این عیب ندارد ولی ملکیت دو جور نداریم. در حالی که در برخی عبارتهای شیخ آمده که دو جور

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحہ: ۷۹

۲ حاشیة کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثه)؛ ج ۱، ص: ۲۸۷

ملکیت داریم که حالا می خوانیم. یا صریح این عبارتی که از بعضی بزرگان فعلی آوردم که به فرمایش مرحوم اصفهانی این حرفها نادرست است.

تتمه بحث انشاءالله جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۱۷

تصویری برای واجب معلق در مقابل تصویر محقق اصفهانی ۶۱۸

تفاوت تصویر اول و دوم ۶۱۸

اثر اعتبار تعلیق طبق تصویر دوم و رد آن ۶۱۸

عبارات مرحوم شیخ ۶۲۰

اجمال برخی عبارت مرحوم شیخ ۶۲۰

خلط بین تعلیق و تقید در کلمات ۶۲۰

توجیه عدم تصویر تعلیق در مدلول کلام ۶۲۱

ثبوت ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر در کلام شیخ ره ۶۲۲

اشکال به کلام شیخ راجع به ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر ۶۲۲

دقت مرحوم اصفهانی ۶۲۲

توضیح و نقد کلام شیخ توسط محقق اصفهانی ۶۲۳

نقد و بررسی اشکال محقق اصفهانی به شیخ اعظم ره ۶۲۵

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

بحث ما در تصویر تملیک تعلیقی بود. بیان مرحوم اصفهانی در جلسه گذشته عرض شد. ایشان تعلیق در تملیک را تصویر کردند. چه در بیع باشد یا وقف. و آنچه در ملکیت تصویر شد می توان درباره هر مجعول اصالی دیگر قائل شد و در این جهت فرق نمی کند. تصویر ایشان از تملیک تعلیقی این بود که عقلاء یا شارع روی موضوع انشاء متبایعین اعتبار تملیک می کنند که گاهی این اعتبار مطلق است و گاهی به اضافه مجیء زید یا هر قید دیگری است. اگر موضوع اعتبارشان، مطلق انشاء باشد این می شود ملکیت مطلقه. و به آن مواردی که موضوع انشاء به اضافه مجیء زید است می گوئیم ملکیت معلقه.

با دقت در این تصویر روشن می شود که ملکیت مطلقه و معلقه در اعتبار عقلائی یا اعتبار شرعی ملکیت هیچ فرقی ندارند، فقط موضوعشان فرق می کند، همان چیزی که ما با آن تسبیب را عنوانا درست می کنیم. چون تسبیب حقیقتا از

ناحیه عقلاء یا شارع حاصل نمی شود و تنها به خاطر اینکه موضوع کار عقلاء و یا شارع را متبایعین ایجاد می کنند به این لحاظ می گوئیم تسبیب در اعتبار ملکیت کردند.

حال بحث این است که در مقابل این نظر چه می شود گفت و عبارت مرحوم شیخ رحمه الله به کدام اشاره دارد؟

تصویری برای واجب معلق در مقابل تصویر محقق اصفهانی

در مقابل این، می توان تصویر دیگری ارائه داد به این صورت که بگوئیم دو نحوه ملکیت وجود دارد: یکی ملکیت منجزه، و دیگری ملکیت معلقه.

تفاوت تصویر اول و دوم

و نکته دقیق بحث این است که مطابق تصویر محقق اصفهانی با انشاء، ملکیت معلقه حاصل نمی شود، زیرا ملکیت معلقه اصلاً ملکیت مستقلی نیست. مانند این است که در واجب مشروط وقتی شرطش محقق نیست می گوئیم وجوب هم نیست؛ در اینجا هم طبق تصویر اول وقتی معلق علیه نیست یعنی مجبیء زید یا مجبیء رأس السنة نیست، لذا از ناحیه عقلاء یا شارع نیز اعتباری نیست.

اما در تصویر دوم با انشائی که در آن قیدی مانند «إذا جاء زید» یا «إذا جاء رأس شهر» آمده، یک نحوه ملکیت محقق می شود. بنابراین ملکیت در این تصویر دو گونه است: ملکیت مطلقه ملکیت معلقه. با این انشاء در همین زمان انشاء، یک ملکیت معلقه حاصل می شود.

پس ما از اول دو جور ملکیت داریم که هر یک را می توانیم با انشائی حاصل کنیم. با انشاء تعلیقی ملکیت تعلیقی حاصل شود نه اینکه منتظر بمانیم تا معلق علیه حاصل شود و آنگاه ملکیت محقق شود. و از آنجائی که ملکیتی که حاصل می شود به اعتبار عقلاء است در واقع باید بگوئیم که عقلاء دو نوع اعتبار دارند، یک اعتبار مطلق و یک اعتبار تعلیقی.

اثر اعتبار تعلیق طبق تصویر دوم و رد آن

سؤال این است که این اعتبار تعلیقی چه فائده ای دارد؟ بعد از اعتراف به اینکه قبل از آمدن مجبیء زید آن ملکیت مطلقه و تنجیزی که ذو آثار است توسط عقلاء اعتبار نمی شود چنین اعتبار ملکیت تنجیزی ای چه فائده ای دارد؟

در عبارات مرحوم شیخ مطلبی نیامده ولی برخی از علماء معاصر فرموده اند فائده این ملکیت این است که پس از تحقق معلق علیه دیگر نیازی به انشاء متبایعین برای تحقق موضوع ملکیت مطلقه عقلاء نیست.

و این حرف خیلی عجیبی است. ما از انشاء فارغ شدیم. شما گفتید از ناحیه عقلاء دو جور اعتبار ملکیت هست، یک اعتبار ملکیت دارند که در آن قیدی نیست و تعلیقی ندارد و یک اعتبار ملکیت معلقه. می گوئیم فائده این اعتبار چیست؟ شما می گوئید دیگر انشاء نمی خواهد. شما برای خود این اعتبار اثر درست کنید. خب این اعتبار چه اثری دارد. چون فرض این است که تا مجیء زید نشود، آثار ملکیت بر این ملکیت تعلیقی بار نمی شود. شما دارید تصویر می کنید دو تا ملکیت را که نتیجه اش دو سنخ اعتبار از ناحیه عقلاء است، یک سنخ اعتبار ملکیت تام، یک سنخ اعتبار ملکیت علی تقدیر مجیء زید. هر اعتباری اثر خودش را می خواهد. شما هم قبول دارید که بر این اعتبار تعلیقی، آثار ملکیت مترتب نمی شود پس چه اثری دارد؟ وقتی شما انشاء کردید و گفتید: «وقفت إذا جاء رأس السنة» این تصویر دوم می گوید با همین وقت شما یک وقف معلق ایجاد کردید که آثار ملکیت بر آن مترتب نیست. پرسش این است که اثر این اعتبار چیست؟ می گویند اثرش این است که وقتی مجیء زید محقق شد انشاء نمی خواهد. می گوئیم این خیلی حرف عجیبی است، شما باید برای این اعتبار یک اثر درست کنید، نه اینکه اثرش فقط این است که انشاء نمی خواهد. انشاء محقق شد و این اعتبار تعلیقی تمام شد، حالا این اعتبار چه فائده ای دارد؟

ممکن است بگوئید فائده این اعتبار تعلیقی و علی تقدیر، ترقب یک اعتبار مطلق است. ولی به نظر می رسد در این صورت این اعتبار تعلیقی لغو است. عقلاء می توانند همان ملکیت مترقبه را اعتبار کنند. چه نیازی به اعتبار این ملکیت تعلیقی وجود دارد. درست است که نیاز به انشاء دوم نداریم و انشاء تمام شد و رفت ولی اعتبار دوم می خواهد. چون وقتی که موضوع آثار است این وقف اینطوری نیست، وقف مطلق است. پس باید دوباره عقلاء در بیع اعتبار ملکیت کنند و در وقف اعتبار وقف کنند یا اعتبار تملیک کنند. در صورتی که این اعتبار لغو است.

الان بحثهای جانبی زیادی با مرحوم شیخ داریم. می خواهم بگویم ما لب بحث را از دست ندهیم. فرقی که اینجا می شود بین دو تصویر گذاشت این چیزی است که عرض می کنم: یکی این است که ما بگوئیم اعتبار ملکیت یک سنخ است و تمام، این یک سنخ تا زمانی که مجیء زید محقق نشود توسط عقلاء محقق نمی شود. یک حرف دیگر این است که ما دو سنخ اعتبار از ناحیه عقلاء داریم: یک اعتبار ملکیت مطلق، یک اعتبار ملکیت علی تقدیر. به محض تحقق انشاء توسط متبایعین، این اعتبار علی تقدیر حاصل می شود ولی قبول داریم که آثار بیع بر این بار نمی شود، آثار تملیک بالحمل الشایع بار نمی شود. پس چه فائده ای دارد؟ مدافع می گوید بعدا دیگر انشاء نمی خواهد. همان آثار بعد بر همین با مجیء زید

پدید می آید. اشکال می کنیم که با مجيء زید باید یک اعتباری صورت گیرد. این اعتبار که الان بود و اثر نداشت، وقتی مجيء زید شد، باید یک اعتباری از عقلاء باشد تا اثر بر او بار باشد، همان اعتباری که شما می گوئید موضوع آثار است. علی الظاهر این دومی تصویر ناصحیحی است، ولی بالاخره یک تصویری است.

عبارات مرحوم شیخ

حال باید ببینیم عبارتهای مرحوم شیخ با کدام تصویر سازگار است. عبارات شیخ ره را بخوانیم.

اجمال برخی عبارات مرحوم شیخ

اولا آن جمله ای که گفته اند که خیلی روشن نیست، گفته اند: «لأن المراد بالانشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه».

اولا انشاء که مدلول کلام نمی شود با این بحثهایی که ما کردیم. انشاء مثل راه رفتن است. انشاء مدلول کلام باشد این دقیق نیست و معنا ندارد.

خط بین تعلیق و تقیید در کلمات

ثانیا نسبت به اینکه بعد گفته اند اگر انشاء مدلول کلام باشد فالتعلیق غیر متصور فیه. چرا در مدلول کلام تعلیق تصور نمی شود؟ یک حرف که حرف قشنگی است و ما هم در بحث واجب مشروط به تفصیل بحث کردیم این است که تعلیق در معانی تصویری ممکن نیست. در آنجا کسی این حرف را بیان نکرده ولی در اینجا دیدم مرحوم امام ره این بیان را دارد. خیلی برایم جالب بود، که در بحث بیع فرموده اند در معانی تصویری تعلیق معنا ندارد. نمی دانم در بحث واجب مشروط نیز این را فرموده اند یا نه ولی این حرف خیلی دقیقی است. ما در باب واجب مشروط زیاد این حرف را در کلمات قوم می بینیم که تعلیق را با تقیید یکی گرفته اند، با تقدیر یکی گرفته اند، در حالی که خیلی فرق می کند. تقیید در معانی است، اصلا تقیید مال معانی است. البته ممکن است ما در وجود هم یک جور تقیید تصور کنیم، آنجا ما گفتیم برخلاف قوم که می گویند جزئی تقیید نمی شود به نظر ما جزئی نیز تقیید می شود و بحث کردیم. دیدم اینجا هم امام ره در همین بحث تعلیق در بیع فرموده اند ما تصویر کردیم در بحث واجب مشروط که جزئی هم تقیید می شود. حالا اینها که بحثهای عرضی است. نکته دقیق این است که معانی (نه وجود ذهنی) تقیید می شوند، ما کلی انسان را یعنی نفس الطبیعة را تقیید می کنیم به انسان عالم یا به انسان جاهل، اما تعلیق نفس الطبیعة معنا ندارد. تعلیق مال وجود الطبیعة است، ما می توانیم بگوئیم وجود

انسان معلق و منوط است. نمی توانم بگویم معنا منوط است. یعنی چه معنا منوط است؟ معنا می شود مقید شود به این معنا که طبیعت تخصیص شود، اما تعلیق معنا ندارد. تعلیق مال وجود است، وجود المعنی معلق می شود.

توجیه عدم تصویر تعلیق در مدلول کلام

اما نسبت به فرمایش مرحوم شیخ که فرمودند تعلیق در مدلول کلام متصور نیست. روشن نیست که به چه دلیل می گویند تعلیق غیر متصور است. ممکن است همین عرضی باشد که ما الان گفتیم که مدلول از سنخ معنا است و در معنا تعلیق نیست. ممکن است این باشد ولی ما این حرفها را از مرحوم شیخ ندیدیم.

احتمال دیگر این است که مرادشان این باشد که امر انشاء، دائر بین وجود و عدم است. الان که من سخن می گویم تلفظ به لفظ و قصد المعنی و انشاء المعنی حاصل است، معنا که مدلول لفظ هست، به تعبیر محقق بالعرض و المجاز به تعبیر دیگران به هر صورتی که قائلند مدلول هم الان موجود است، تعلیق یعنی چه؟! منشی با انشاء خودش ایجاد کرده لفظ را بالذات و معنا را بالعرض والمجاز یا بالتبع، یا به هر صورتی که تصویر کردیم پس تعلیق چه تصویری دارد؟! اینکه مرحوم شیخ می فرماید مدلول الکلام فالتعلیق غیر متصور فیه، از باب این است که امرش دائر بین وجود و عدم است و تعلیق ندارد، کما اینکه در تلفظ به لفظ و استعمال معنا ندارد بگوئید معلق بر چیزی است، خب استعمال کردید وجود پیدا کرد.

دوباره در پرائتز عرض می کنیم ذهنتان مشوش نشود، همین استعمال هم می شود اناطه داشته باشد اما نه این اناطه ای که اینجا هست، اناطه به چی؟ به اسباب خودش. مثلاً انشاء که یک کاری است که ما انجام می دهیم به تصور لفظ و قصد معنا اناطه دارد، من باید اینها را بدانم و قصد کنم تا انشاء کنم، می توانیم بگوئیم انشاء منوط به آن قصد نفسی من است، اما ربطی به این تعلیق اینجا ندارد که تعلیق کنیم به مجیء زید. پس انشاء که تلفظ به لفظ است و قصد المعنی هست و ایجاد المعنی بالعرض والمجاز هست، هم ایجاد تکوینی خودش، و هم ایجاد بالعرض والمجازش واقع شده، امرش دائر بین وجود و عدم است، تعلیقش معنا ندارد. لذا ممکن است مقصود مرحوم شیخ این باشد.

حالا اینها بحث اصلی ما این نیست. ایشان می گوید اگر مقصود از انشاء اینها باشد، که تعلیق در آنها معنا ندارد. منتهی می گوید کلام در این نیست. تعلیقی که الان محل بحث است دخالت مثلاً مجیء زید در انشاء به معنای مدلول کلام که نیست، دخالتش در وقف است، دخالتش در بیع است، نه در مدلول کلام.

می فرماید: «و إن الكلام فى أنه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير، فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون تقدير»^۱.

ثبوت ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر در کلام شیخ ره

به نظر مرحوم شیخ سوال در ملکیت تعلیقی این است که آیا همانطور که انشاء ملکیت متحققه علی کل تقدیر داریم، انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر هم داریم یا نه؟ مثلاً انشاء ملکیت متحقق علی تقدیر مجیء زید نیز داریم یا نداریم؟ می گوید اگر سؤالتان این است که واضح است که ما همچنین چیزی داریم. می گوید کثیراً در شرع و عرف همچنین چیزی واقع می شود، همانطور که هم در اوامر می شود و هم در معاملات و عقود و ایقاعات می شود.

اشکال به کلام شیخ راجع به ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر

حالا سؤال این است که مرحوم شیخ با این عبارت «كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير» چه چیزی را تصویر می کنند؟ اگر منظورشان انشاء است که امر انشاء دائر بین وجود و عدم است، من می توانم انشاء کنم الملكية را، یا انشاء کنم ملکیت عند مجیء زید را. اینکه همان حرف بالاست. ما نفهمیدیم منظور ایشان را. در واقع می خواهیم بگوئیم مرحوم شیخ در این عبارت نیامده اصل مسئله را درست کند که تعلیق به کجا خورد. انشاء که لفظ است. و ایجاد معنا بالقصد بالعرض و المجاز است مثلاً، یا به فرمایش مشهور ایجاد المعنى فى وعاء المناسب له یا در نفس الامر است، و این معنا به محض تلفظ به لفظ حاصل می شود. پس فرق ملکیت علی تقدیر با ملکیت غیر علی تقدیر در چیست؟ ملکیت متحققه علی کل تقدیر و ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر فرقی در چیست؟ انشاء که الان است و معنا هم که الان حاصل است.

دقت مرحوم اصفهانی

مرحوم اصفهانی دقت خوبی کرده بود، فرموده بود این انشاء تازه موضوع برای اعتبار عقلائی یا اعتبار شرعی است. در مرحله انشاء از تعلیق خبری نیست. بلکه عبارت دال بر تعلیق را می توانید در انشاء بیاورید و بگوئید «وقف عند مجیء زید»، منتهی در عالم انشاء دو جور چیز نداریم. همین الفاظ خودش موجود است و معنایش هم بالعرض والمجاز موجود

^۱ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۳، ص: ۱۷۰

است. آن چیزی که واقعا تعلیق بردار است ملکیت اعتباری من العقلاء یا ملکیت شرعی من الشارع است. این تعلیق بردار است، که می تواند معلق شود به مجیء زید. ولی مرحوم شیخ این را حل نکرد که این دو انشاء فرقی با هم چی شد. ایشان بعد مثال زده اند به «هذا لك إن جاء زيد غدا». خب بله اینکه همه دارند همین را می گویند که إن جاء زيد غدا هذا لك. منتهی می خواهیم ببینیم مدلول این فرمایش چیست و با آن موقعی که می گوید «هذا لك» بدون اینکه معلق کند به «إن جاء زيد غدا» چه تفاوتی دارد؟ اگر می گوئید در همین انشاء فرق دارند، که تفاوتی نمی بینیم و هر دوی آنها موجودند، و اگر در آن اعتبار عقلائی و تعلیق و اناطه اش به این شرط فرق دارند که این را مرحوم شیخ روشن نکرده است، بعد هم ایشان فرموده «كما في الاوامر».

توضیح و نقد کلام شیخ توسط محقق اصفهانی

محقق اصفهانی در اینجا دو سه مطلب دارد ایشان می فرمایند اگر مقصود مرحوم شیخ از دو ملکیت متحققه ای که در عبارتشان آمده همان دو صورتی است که ما به لحاظ تحقق اعتبار عقلاء بیان کردیم که مطلبی درست است. «و إن ارید من عدم التخلّف أن المدلول ثابت» یعنی علی آئی حال انشاء که می کنی یک مدلول ثابتی پدید می آید، «لکنه علی قسمین ملکیت متحققه علی تقدیر، و ملکیت متحققه علی کل تقدیر، فالملکیة المنشأة بالفعل سنخان معلق و منجز»^۱. دوستان اینجاها باید خیلی دقت کنند، یعنی آن چیزی که با انشاء حاصل می شود همین حالا یعنی با انشاء دو چیز است، گاهی ملکیت معلقه است و گاهی ملکیت منجزه است، (من اصرار دارم عبارات مرحوم اصفهانی را بخوانم تا گوش دوستان کمی به عبارات ایشان عادت کند) «بأن يكون التقدير من خصوصية الملكية و شئونها لا من مبادی وجودها». یعنی تارة قید و آنچه معلق علیه است مانند مثل مجیء زید، قید ملکیت است، یعنی شما ملکیت خاص را انشاء و ایجاد می کنید. اگر این باشد دو جور ملکیت تصویر دارد، یکوقت ملکیت خالص را انشاء می کنید و ایجادش می کنید، یکوقت ملکیت مقیده را ایجاد می کنید. از همین حالا که انشاء می شود ملکیت مقیده یعنی معلقه حاصل می شود. ولی این علی تقدیر، قید این ملکیت است. می گوید فرمایش شما گاهی این است که این تقدیر و این تعلیق قید و خصوصیت ملکیت است، آنوقت پس شما دو سنخ ملکیت را ایجاد می کنید، لا من مبادی وجودها، نه اینکه از مبادی وجود باشد. چون تصویر مرحوم اصفهانی مبادی وجود بود، می گفت یک جور ملکیت بیشتر نداریم، ما یک جور سبب داریم، منتهی به دو طریق این سبب را ایجاد می

^۱ حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديث)؛ ج ۱، ص: ۲۸۸

کنیم، یک وقتی با این درخت است و یکوقتی با آن درخت است. ولی سیب را ایجاد می کنیم. دیگر سیب دو جور ندارد. ملکیت هم مثل آن سیب می ماند، یکوقتی دو جور و با دو ابزار و دو وسیله این ملکیت را ایجاد می کنیم، یکوقت دیگر نه، دو جور ملکیت است، دو جور ملکیت را ایجاد می کنیم. می گوید اگر فرمایش شما این است حالا چه دلالتی بر این هست؟

می فرماید «کما یومی الیه قوله رحمه الله فیمنع کون اثر مطلق البیع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك». این عبارت اشاره دارد به اینکه بیع دو جور ملکیت درست می کند. ایشان می فرمایند چه کسی گفته که نتیجه بیع فقط یک ملکیت باشد، نه دو ملکیت است منجزه و معلقه. کما یومی، حالا ممکن است این عبارت شیخ قابل توجیه باشد لذا می فرماید یومی الیه کذا.

قرینه دیگر به نظر ایشان این است که «و توصیفه الملكية بالمتحققة فی القسمین» مرحوم شیخ در هر دو قسم ملکیت را به متحققة توصیف کرده است. یعنی گوئی هر دو ملکیت با انشاء ملکیت متحقق هستند، منتهی یکی متحققة علی تقدیر، یکی متحققة علی کل تقدیر، ولی هر دو متحققند. در حالی که تصویر مرحوم اصفهانی این بود که با انشاء ملکیت محقق نمی شود، باید صبر کنیم مجیء زید محقق شود تا تازه ملکیت محقق شود. کما اینکه در واجب مشروط وقتی ما وجوب را مشروط کردیم که مشهور می گوید، با جعل شارع وجوب پدید نمی آید، بلکه باید صبر کنیم شرط مانند زوال بیاید تا وجوب شارع بالفعل شود و قبل آن وجوب نماز نیست. اینجا هم مرحوم اصفهانی ملکیت را اینجور تصویر کرد که قبل از آن شرط مانند مجیء زید، ملکیت نیست، اما مرحوم شیخ توصیف می کند ملکیت را بالمتحققة در هر دو قسم. ملکیت متحققة علی کل تقدیر و ملکیت متحققة علی تقدیر. و به نظر محقق اصفهانی ظاهر این تعبیر این است که مرحوم شیخ هر دو ملکیت را از همین حالا متحققة می داند.

البته می توان کلام مرحوم شیخ را توجیه کرد به این مراد ایشان متحققة بعدا است اما اشاره دارد. ظاهرا توصیف هم متعلق همان یومی الیه است، یک ایمائی دارد این حرف که به این انشاء، ملکیت متحقق شد. حالا یا متحققة مطلق یا متحققة علی تقدیر.

می گوید اگر این باشد، «کما یوافق مسلكه فی الاصول فی الواجب المشروط من أن الارادة المتحققة تارة ارادة امر علی تقدیر و اخرى ارادة امر علی أى تقدیر فمجال البحث معه قدس سره واسع لابتناؤه علی أن الملكية الحقيقية عين الملكية الانشائية فلها سنخان معلقا و منجزا و قد مر فسادہ والله اعلم».^۱

نقد وبررسی اشکال محقق اصفهانی به شیخ اعظم ره

اینکه محقق اصفهانی می گوید «یوافق مسلكه فی الاصول» مطلب درستی است. مرحوم شیخ در اصول در استدلال لبی بر واجب مشروط حرفش همین است، می گوید دو جور اراده که نداریم، اراده یا هست یا نیست. منتهی این اراده که همیشه یا هست یا نیست، وقتی هست مرادش دو جور است، یکوقت اراده می کند حج را، یکوقت اراده می کند حج در موسم را. ولی حج فی الموسم مراد است، موسم قید مراد است نه قید اراده. می گوید ما اراده منوط نداریم. چه واجب مشروط باشد چه واجب مطلق باشد، در هر دو اراده متحققه است، منتهی در واجب مطلق اراده متحققه تعلق می گیرد به فعلی که قیدی ندارد ولی در واجب مشروط اراده متحققه از حالا تعلق می گیرد به فعلی که قید دارد. لذا عده زیادی مثل مرحوم آخوند و دیگران فرموده اند که واجب مشروط شیخ همان واجب معلق صاحب فصول است. و عجیب است از مرحوم شیخ که حمله می کند به صاحب فصول که واجب معلق شما بی معناست. خب واجب مشروط شما همان واجب معلق است. البته ما بحث کردیم که وجوهی برای فرق هست.

مرحوم شیخ می گوید اراده از الان می خورد به حج در موسم، حج در موسم مراد شما است. محقق اصفهانی می فرماید مسلک در اصول ایشان با این موافق است که ما الان دو تا ملکیت داشته باشیم. و بعد هم می فرماید این حرف شیخ درست نیست، چون مبتنی بر این است که ملکیت حقیقی عین ملکیت انشائی باشد.

ما در این دو تا بحثشان حرف داریم. یک بحث اصلی این است که ما اصلا دو جور ملکیت داریم یا نه. و با انشاء به صورت تعلیق که می گوئیم وقفت إذا جاء زید یا وقفت إذا جاء رأس الشهر، آیا ما دو جور وقف درست می کنیم یا نه. این یک جور بحث است که بحث واقعی است و ربطی به اینکه حرف شیخ در واجب مشروط چیست ندارد، هر کسی در عالم می تواند این حرفها را بزند. که اگر اشکال دارد باید ببینیم اشکالش چیست که اشکالش همان چیزی است که ما عرض کردیم اگر لازم شد تکرار می کنیم.

^۱ حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)؛ ج ۱، ص: ۲۸۸

نسبت به فرمایش شیخ و قیاسش به بحث واجب مشروط، با مرحوم اصفهانی دو تا بحث داریم: یکی اینکه آیا فرمایشی که شیخ در واجب مشروط دارد که یک بخشش همین است که شما می فرمایید که اراده ها فعلی است و متحقق است و تقدیرها و تعلیقها مال مراد است آیا لازمه اش این است که ما در اینجا دو تا ملکیت داشته باشیم، یا نه، یک حرف قشنگتری بزنیم، ملکیت مثل اراده باشد، ملکیت همه جا یکی باشد، آن امری که ملکیت به آن می خورد دو جور باشد. ما یکوقت ملکیت دار مطلق را داریم، یکوقت ملکیت دار عند مجیء زید را داریم. یعنی مجیء زید یا رأس سنه را ببریم قید دار قرار بدهیم. که اگر یاد دوستان باشد ما در بحث ازدواج موقت و دائم که مرحوم آخوند و مرحوم سید بر شیخ نقض می کردند، می گفتیم اصلا ممکن است دوام و انقطاع مال متعلق زوجیت باشد نه اینکه مال خود اعتبار زوجیت باشد. اینجا هم شبیه همان است. البته نمی خواهیم بگویم اینطور هست، چون بعد می خواهیم یک اشکالی عرض کنم. می خواهیم بگویم مرحوم اصفهانی چطور یکدفعه گفت یوافق مسلکه فی الواجب المشروط. چی یوافق؟ دو جور ملکیت. کی گفته؟! ممکن است ما بگوئیم یوافق مسلکه در آنجا اینکه اگر می خواهید قیاس کنید ملکیت بخورد به ذوالملکیه اش یعنی به مملوکش. مملوکش دو حال دارد، یک وقت مملوک دار مطلق است و یکوقت دار در حین مجیء زید باشد. به این بخورد. این می شود. منتهی حالا بحث دارد. این یکی.

دوم اینکه آیا این حرف واقعا مبتنی بر این است که شیخ ملکیت حقیقه را عین ملکیت انشائی بداند؟ نفهمیدیم چرا.

ادامه بحث انشاءالله جلسه بعد.

«والسلام علیکم و رحمة الله»

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۲۷
- خلاصه گذشته ۶۲۷
- تفاسیر مختلف از عبارت مرحوم شیخ از امکان انشاء معلق ۶۲۹
- تفسیر اول: عدم تفاوت در انشاء و تفاوت در اعتبار ملکیت توسط عقلاء یا شارع ۶۳۰
- تفسیر دوم: تحقق ملکیت معلق و منجز ۶۳۰
- ایماء عبارات مرحوم شیخ انصاری به تفسیر دوم ۶۳۱
- همخوانی تفسیر دوم بانظر مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط در نظر محقق اصفهانی ۶۳۱
- اشکال محقق اصفهانی به تفسیر دوم ۶۳۲
- تفسیر سوم: ملکیت مطلق و رجوع قید به مملوک ۶۳۲
- همخوانی تفسیر سوم با مبنای مرحوم شیخ در احکام وضعی ۶۳۴
- تنظیم مقام به منافع ۶۳۴
- لازمه کلام شیخ عینیت ملکیت حقیقه با ملکیت انشائی نیست ۶۳۵
- دفاع از تفسیر دوم ۶۳۶
- فائده اعتبار ملکیت علی تقدیر ۶۳۶
- اشکال اثباتی در کلام شیخ ۶۳۸
- خلاصه تصاویر ثلاثه تعلیق ثبوتا ۶۳۹

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

بحث ما در اشتراط وقف به تنجیز بود و اینکه تعلیق مضر به وقف است و موجب بطلان آن می شود.

عرض کردیم که بحث تنجیز مربوط به همه معاملات است و انحصاری به خصوص بحث وقف ندارد، کما اینکه مرحوم شیخ در بحث تنجیز در بیع همین مطلب را بیان فرموده اند.

مرحوم شیخ بعد از اجماع که آن را دلیل عمده در مقام می دانند به وجوه ضعیفه ای پرداختند که به آن تمسک شده است. یکی از این وجوه این بود که انشاء قابل برای تعلیق نیست. ایشان به این وجه پاسخ دادند که فهم پاسخ ایشان مشکل است زیرا دقیقاً روشن نیست که مقصود ایشان چیست. ایشان مسئله را دو شق می کنند، و می فرمایند اگر مقصود از اینکه انشاء قابل تعلیق نیست این است که در مدلول کلام تعلیق تصور نمی شود، حرف درستی است و مدلول قابل تعلیق نیست لکن در مقام بحث در این نیست.

ما در جلسه گذشته چند مطلب را بیان کردیم. مطلب اول این بود که تفاوت بین انشاء و مدلول را توضیح دادیم. گفتیم که انشاء یک چیز است و مدلول چیز دیگری. پس اینکه مراد از عدم امکان تعلیق در انشاء را عدم امکان تعلیق در مدلول بدانیم روشن نیست. مدلول علی الظاهر معنا است، و اینکه بگوئیم انشاء تعلیق نمی شود غیر از این است که بگوئیم معنا تعلیق نمی شود.

مطلب دوم اینکه مرحوم شیخ فرمودند واضح است که مدلول تعلیق نمی شود. نسبت به وجه عدم امکان تعلیق در جلسه گذشته دو وجه بیان کردیم: یکی وجه که برخی مانند محقق خوئی هم ظاهراً همین را می فرمایند این است به قرینه مقابله با فرض بعد بگوئیم ظاهراً مقصود از مدلول خود همین انشاء است. روشن نیست که عبارات مرحوم شیخ وافی به این احتمال باشد ولی در هر صورت این یک احتمال در عبارات ایشان است.

در ادامه بحث رسیدیم به تصویر دیگر عدم امکان تعلیق در انشاء. مرحوم شیخ فرمودند اگر مقصود، عدم امکان تعلیق در خود انشاء است یعنی پرسش این باشد که آیا همانطور که می توانیم انشاء کنیم ملکیت علی ای تقدیر یعنی ملکیت مطلق را، «هل یصح انشاء الملكية علی تقدیر أم لا» اگر مقصود این است که چنین انشائی صحیح نیست این پاسخ نادرست است زیرا چنین انشائی کثیراً واقع می شود و همانطور که ما می توانیم انشاء کنیم ملکیت علی ای تقدیر را، می توانیم انشاء کنیم ملکیت علی تقدیر خاص را، مانند ملکیت علی تقدیر مجیء زید.

می فرمایند: این امر متصور فی کثیر من الامور العرفی أو الشرعی در معاملات از عقود و ایقاعات و در اوامر.

این فرمایش ایشان برای ما یک مسئله چند وجهی ایجاد می کند، لذا هم فهم حرف ایشان و هم ربط حرف ایشان با اصل بحث خیلی دشوار است علاوه بر اینکه ربط حرف ایشان با مختار ایشان در بحث واجب مشروط که مرحوم صاحب عروه مطرح فرموده و محقق اصفهانی نیز با احتیاط بیشتری آن را دنبال کرده معضل دیگری است.

ما بعضی از این وجوه را بحث کردیم و وجوه دیگر و احتمالاتش خواهد آمد؛ ولی مرحوم صاحب عروه به صورت قاطعانه می فرماید نظر مرحوم شیخ در اینجا با مختارشان در واجب مشروط منافات دارد. در اینجا اعتراف کرده به چیزی که در آن بحث منکر بودند. اینکه بتوانیم ملکیت را معلقا بر مجيء زید انشاء کنیم به گونه ای که قبل از حصول مجيء زید اصلا ملکیت نداشته باشیم منافات دارد با نظر ایشان مبنی بر عدم امکان جعل وجوب حج معلقا بر استطاعت. زیرا ملکیت شبیه وجوب است. چرا ایشان انکار کردند که بشود انشاء کرد وجوب را معلقا به استطاعت یا به زوال، به حیث که اگر استطاعت یا زوال محقق نشد اصلا وجوبی نباشد.

این به حیث مهم است، چون مرحوم شیخ منکر اصل تعلیق نیست، صاحب عروه می فرماید شما اینجا چیزی را پذیرفتید که معنایش پذیرش انشاء معلق است به حیث إذا لم یجئ زید اصلا ملکیتی نباشد. إذا لم یکن موسما للحج اصلا وجوب حجی نباشد. اذا لم یتحقق الزوال اصلا وجوب صلاتی نباشد. می گوید حرف شما در اینجا مستلزم این است که شما در واجب مشروط به امکان تحقق وجوب مشروط اقرار کنید، پس چرا شما آنجا انکار کردید. یعنی حرف اینجا با حرف آنجا منافات دارد.

ما باید یک به یک این مطالب را بررسی کنیم و ببینیم نظر هر یک از این دو فقیه بزرگ؛ محقق اصفهانی و صاحب عروه رحمه الله علیهما درست است یا نه.

می خواهیم پاسخ محقق اصفهانی به مرحوم شیخ را بیان کنیم. بحث دشواری است و نیاز به دقت فراوان دارد. دوستان ظواهر امر را آنطور که مکاسب خوانده اند کنار بگذارند و به احتمالاتی که مورد مذاقه قرار می گیرد توجه کنند تا بتوانیم از مطالب استفاده کنیم.

تفاسیر مختلف از عبارت مرحوم شیخ از امکان انشاء معلق

محقق اصفهانی به مرحوم شیخ عرض می کند شما در فرض دوم در باره عدم امکان تعلیق در انشاء فرمودید اگر محل نزاع این است که آیا انشای امری مثل ملکیت می تواند علی تقدیر باشد کما اینکه انشاء ملکیت لا علی تقدیر یا علی أی تقدیر و به نحو اطلاق ممکن است؛ واضح است که چنین انشائی می شود.

تفسیر اول: عدم تفاوت در انشاء و تفاوت در اعتبار ملکیت توسط عقلاء یا شارع

مرحوم اصفهانی می فرماید مقصود شما از امکان انشاء معلق چیست؟ اگر همان است که ما گفتیم یعنی بین انشاء ملکیت و اعتبار ملکیت توسط عقلاء یا شارع فاصله وجود دارد که صحیح است.

دقت بفرمائید مرحوم اصفهانی این مطلب را به صورت احتمال بیان می کند چون مرحوم شیخ در ظاهر کلام بین انشاء و بین آن ملکیت عقلانی و شرعیه فاصله قرار نداده تا بگوئیم دقیقاً همین مطلب محقق اصفهانی مد نظر ایشان است که ما یک انشائی می کنیم حال یا مطلق یا علی تقدیر، این انشاء موضوع اعتبارات عقلانی یا شرعی واقع می شود. اگر اعتبار به لحاظ این انشاء علی تقدیر باشد معنایش این است که اگر این انشاء شد و آن تقدیر مانند مجبی زید نیز محقق شد عقلاء اعتبار دارند و گر نه ندارند. یعنی قبل از مجبی زید عقلاء هیچ اعتباری ندارند.

محقق اصفهانی می فرماید اگر حرف شما همان حرف ما است، که بحثی نداریم و حرف حقی است. لذا اینکه می فرمائید ما انشاء علی تقدیر داریم به این معنا است که ما دو نحوه انشاء داریم که هر کدام یک نحوه موضوع برای اعتبارات عقلانی و شرعی درست می کنند. بنابراین در واقع ملکیت به حمل شایع که اعتبار عقلاً یا شارع است نسبت به ملکیت یک صورت بیشتر ندارد موضوع آن به دو صورت محقق می شود.

انشاء نیز ایجاد معنا بالعرض بوجود اللفظ است برای تسبیب برای آن ملکیت عقلانی. که قبلاً در جلسه قبل مفصل توضیح دادیم. حرف محقق اصفهانی این است که اگر مقصودتان از اینکه ما انشاء علی تقدیر داریم و کثیراً ما یقع در عرف و در ایقاعات و عقود و اوامر هم هست، همین است که ما گفتیم یعنی انشاء موضوع می شود برای اعتبارات عقلانی، و آن اعتبار عقلانی قد یترتب بر انشاء بدون ضمیمه و قد یترتب علیه مع مجبی زید یا هر شرط دیگری که شما کردید، اگر این حرف را می خواهید بگوئید حرف درستی است.

اما اگر این را نمی خواهید بگوئید.

تفسیر دوم: تحقق ملکیت معلق و منجز

دقت کنید، ما از حرف محقق اصفهانی یک محتمل برداشت می کنیم و حرف خودمان محتمل دیگری است. ایشان می فرماید: اگر می خواهید اینطور بگوئید که با انشاء ما دو جور ملکیت درست می کنیم، در وقتی که ملکیت مطلقه را انشاء می کنیم، ما با این انشاء بنفسه ملکیت مطلقه ایجاد می کنیم، و در مواردی که علی تقدیر انشاء می کنیم با این انشاء

یک ملکیت معلقه ایجاد می کنیم. یعنی با انشاء علی ای حال ملکیتی خلق می شود، اما این ملکیت خلق شده تارة مطلق است و اخری معلق بر چیزی است.

ایماء عبارات مرحوم شیخ انصاری به تفسیر دوم

محقق اصفهانی می فرماید ظاهر عبارت مرحوم شیخ که ملکیت متحققه علی کل تقدیر یا ملکیت متحققه علی تقدیر را به کار می برند ایماء دارد به همین احتمال دوم.

بعد ایشان به مرحوم شیخ نسبت می دهد که نظر مرحوم شیخ در اصول نیز موافق با این است که ما دو قسم ملکیت داشته باشیم، یک ملکیت مطلق و یک ملکیت علی تقدیر. ملکیت مطلق را با انشاء مطلق درست می کنیم و ملکیت علی تقدیر را با انشاء علی تقدیر درست می کنیم. دوستان دقت کنند هر کدام از این نظریات یک نظریه است در باب کیفیت تصویر تعلیق.

یک نظریه، نظریه اول بود که ملکیت معتبره یک سنخ بیشتر نیست و فقط در ترتبش بر انشاء دو جور است، یک وقت بر خصوص انشاء بار است، یک وقت بر انشاء به اضافه یک امر دیگر بار است مثل مجيء رأس سنه و غیره. این یک تفسیر است.

تفسیر دوم هم همین نظریه ای بود که مرحوم اصفهانی بیان کردند و بعد هم فرمودند که لعل فرمایش شیخ همین باشد. مطابق این نظر در واقع شما دو سنخ ملکیت تصویر می کنید یک ملکیت مطلقه و یک ملکیت علی تقدیر. و با انشاء فوراً یکی از این دو ملکیت پدید می آید، نه اینکه مانند تفسیر قبل که تسبیب تعلیقی بود مالک انشاء کند معلقاً و منتظر بماند تا مجيء زید محقق شود و تازه اعتبار ملکیت بیاید و قبلش به لحاظ ملکیت هیچ خبری نباشد و فقط یک انشائی باشد.

در این تصویر دوم با انشاء، ملکیت پدید می آید، منتهی در برخی موارد ملکیت مطلقه است و در برخی موارد ملکیت مقدره معلقه است. این ملکیت مقدره نیز یک سنخ ملکیت است.

همخوانی تفسیر دوم بانظر مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط در نظر محقق اصفهانی

محقق اصفهانی می گوید اگر می خواهید این را بگوئید ما با شما خیلی بحث داریم. می فرماید: «و إن ارید من عدم التخلف أن المدلول ثابت لکنه علی قسمین، ملکية متحققة علی تقدیر و ملکية متحققة علی کل تقدیر. فالملکية المنشأة بالفعل

سنخان معلق و منجز بأن يكون التقدير من خصوصيات الملكية وشؤونها لا من مبادئ وجودها كما يومی اليه قوله رحمه الله: فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك». می آید پائینتر می فرماید: «كما يوافق مسلكه في الاصول». این اولین بحث است.

پس این یک احتمال در کلام شیخ ره است. و ایشان این تصویر مبتنی بر دو نحوه ملکیت را با نظر مرحوم شیخ در اصول در بحث واجب مشروط موافق می داند.

چون در آنجا قائل شدند «من أن الارادة المتحققة تارة ارادة امر على تقدير و اخرى ارادة امر على أي تقدير». پس همانطور که مرحوم شیخ در آنجا می فرمایند اصل اراده ثابت و متحقق است، و متعلقش تارة تقدير دارد و اخرى ندارد. در اینجا نیز ملکیت به همین صورت است.

این، یک نقطه بحث ما با محقق اصفهانی است که به چه صورت این دو بحث را قیاس کردند که می فرمایند این تصویر با مطلب مرحوم شیخ در واجب مشروط موافق است.

اشکال محقق اصفهانی به تفسیر دوم

محقق اصفهانی بعد می فرماید اگر مراد شیخ این باشد «فمجال البحث معه واسع لا بثنائه (این حرف شیخ مبتنی است) على أن الملكية الحقيقية عين الملكية الانشائية». چون این نظر مبتنی بر این ادعا است که ملکیت حقیقیه عین ملکیت انشائیه است. «فلها سنخان معلقا و منجزا وقد مرّ فساد»^۱.

این هم نقطه دیگر بحث ما است که چرا محقق اصفهانی نظر شیخ را مبتنی بر این می دانند که ملکیت حقیقیه عین ملکیت انشائیه باشد؟

تفسیر سوم: ملکیت مطلق و رجوع قید به مملوک

ما در جلسه گذشته عرض کردیم که یک تصویر برای نظر مرحوم شیخ این است که بگوئیم ملکیت در نظر شیخ ره مطلق است و متعلق ملکیت است که تقدیر و عدم تقدیر دارد. اینکه ایشان می فرماید ملکیت علی تقدیر، اگر بخواهیم ملکیت را با وجوب قیاس کنیم در وجوب گفتیم وجوب تعلیق و تقدیر پیدا نمی کند بلکه واجب تعلیق و تقدیر دارد، اینجا

۱ حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثة)، ج ۱، ص: ۲۸۸

هم بگوئیم در واقع مملوک این خصوصیت را دارد، ولی اعتبار ملکیت تعلیق و تضییق ندارد، بلکه اعتبار ملک می رود روی مملوکی مانند خانه که آن مقید می شود.

پس ملکیت خانه مقید نیست ملکیت مطلق است اما تعلق گرفته به خانه در حین مجیء زید. پس این خانه در حین مجیء زید مملوک من است نه اینکه ملکیت تقيید پیدا کند بلکه مملوک تقيید پیدا می کند.

در سال گذشته که بحث ملکیت زمانی را به مناسبت بحث وقف الی مدة مطرح کردیم دیدیم که مرحوم شیخ به شدت منکر این بود که ملکیت بتواند به لحاظ زمان تقطیع شود. ایشان تصریح می فرمودند که زمان نمی شود قید برای ملکیت باشد چون ملکیت به نحو اطلاق است.

به نظرم در آن مساله که به تناسب در بحث قضاء مطرح شده بود برخی از شاگردان مرحوم شیخ حرف ایشان را حمل کرده بودند به آنچه ایشان در واجب مشروط می گوید که در اینجا نیز ملکیت تضییق ندارد بلکه قیود برمی گردد به مملوک. پس این نیز یک تصویر است.

نتیجه اینکه یک تصویر فرمایش مرحوم اصفهانی است که انشاء موضوع است برای اعتبارات عقلائی. یک تصویر دیگر می تواند این باشد که در انشاء ملکیت علی تقدیر، ملکیت در نظر شیخ مطلق است، مملوک مقید است. البته این تصویر که ملکیت مطلق باشد و قیود برگردد به متعلق شاید خیلی با عبارت ایشان سازگار نباشد.

ولی این را دوستان خوب توجه کنند که مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط واجب مشروط را انکار نمی کند؛ می گوید واجب مشروط همین است که ما می گوئیم که وجوبش تقيیدی ندارد و قید برمیگردد به متعلق. خب اینجا هم همین را بگوید. اینکه می گوید ما انشاء می کنیم ملکیت متحققه علی کل تقدیر و ملکیت متحققه علی تقدیر، یعنی ملکیتش ثابت است، این تقدیرهایش لبا مال مملوک است، خصوصا عنایت کنند دوستان که مرحوم شیخ در واجب مشروط در یک عبارتی از مطارح تصریح می کند که ظاهر همین است که قید به وجوب برگردد. ولی می گوید لبا معنا ندارد، هم بخاطر اینکه معنای حرفی قابل تضییق نیست، و هم اینکه می گوید در مقام اراده که واقع و لب وجوب است، اراده نمی شود منوط باشد. اراده یا هست یا نیست. بنابراین اگر می خواهید واجب مشروط درست کنید باید اراده را ثابت کنید متعلقش را یعنی مراد را قید بنزید. خب در ملک هم ممکن است ایشان همین را بگوید.

همخوانی تفسیر سوم با مبنای مرحوم شیخ در احکام وضعی

خب اینها را تا یک حدی در جلسه گذشته بحث کردیم. چیزی که ما را واداشت مطالب را اعاده کنیم برای این نکته است: که ما قبلاً بحث دقیقی را در جواب مرحوم سید و آخوند مطرح کردیم که ندیدیم کسی بحث را اینطور طرح کرده باشد که مبنای مرحوم شیخ در احکام وضعی لازمه اش همین است که ملکیت مطلق باشد و قیود برگردد به مملوک. چرا؟ برای اینکه ایشان احکام وضعی را منتزع از احکام تکلیفی می داند. خب احکام تکلیفی یعنی وجوب و حرمتهايش را که ایشان می گوید قابل تضییق نیست، یعنی اگر تقدیر هست تقدیر مال مرادشان هست. پس بنابراین ملکیتی که منتزع از این تکالیف است نمی شود مقید و معلق باشد. هر قیدی بخواهید بزنید باید به مملوک بزنید. یعنی در واقع باید بگوئید ملکیت مطلقه است اما تعلق گرفته به خانه در حال کذا.

تنظیر مقام به منافع

کما اینکه مرحوم سید خودش نیز در باب منافع همین را تصویر کرده است. وقتی من منافع خانه را تملیک می کنم برای یک سال در حین انشاء اجاره که منفعت پس فردا و پس فرداهای دیگر و آینده بالفعل نشده، با اینکه ملکیت را من الان قبول دارم نسبت به منفعت آینده یعنی منفعت فردا و منفعت پس فردا و منفعت یک سال دیگر. الان ملکیت هست لذا تملیک می کنم منافع آینده را در ازاء ثمن.

همانطور که در اجاره چنین تفسیری تصویر دارد؟ مرحوم سید می گوید تصویرش این است که ملکیت از حالا هست.

عرض ما این است که همه جا مرحوم شیخ می تواند همین را بگوید، در اعیان هم همین را بگوید که ما ملکیتمان قید ندارد و مطلق است و هر قیدی هر جا تصویر کردیم در متعلق است. آنوقت نتیجه چه می شود؟ این می شود که مرحوم شیخ می خواهد بفرماید که ما تعلیق در انشاء را به این معنا تصویر می کنیم. اگر مقصود این است که انشاء امری علی ای تقدیر داریم و انشاء علی تقدیر خاص هم داریم و لب مراد هم همین است که تملیک ملکیتش مطلق و مملوکش مقید است، ما چنین چیزی داریم. مرحوم شیخ می خواهد بگوید تعلیق به این معنا، معنا دارد. کما اینکه در واجب مشروط، نمی گوید واجب مشروط نداریم، بلکه معلق صاحب فصول را انکار می کند. می گوید واجب مشروط داریم که اینطوری است که وجوبش مطلق است و اجبش مقید است. خب در ملکیت هم همین را بگوید.

پس عرض ما این است که اولاً ثبوتاً می توانیم تصویر کنیم که ملکیتی که شیخ در اینجا بیان می کند در هیچ یک از دو قسم قید نداشته باشد، و قیود به مملوک باز گردد.

ثانیاً با توجه به یک نکته ظاهراً لازم می آید که ما همین تصویر را به مرحوم شیخ نسبت دهیم. آن نکته این است که ایشان احکام وضعی را از احکام تکلیفی منتزع می داند. در حکم تکلیفی که ایشان تضییق قائل نیست می گوید هر شرطی باشد برمی گردد به مراد و واجب نه به وجوبش. بنابراین ایشان علی القاعده هر قیدی ما بیاوریم باید به مملوک برگردانند نه به ملکیتی که از وجوب و مانند آن انتزاع می شود. علی الظاهر آن مبنا ما را ملزم می کند که اینجا این حرف را بزنیم. آنوقت گفتم که این یک حرف ذو اضلاع می شود: ما هم باید حواسمان باشد که این حرف شیخ چه می تواند باشد، حواسمان باشد که با بحث واجب مشروط چه ارتباطی دارد، و حواسمان به اصل بحث باشد.

مرحوم شیخ می خواست چیزی را حل کند و جوابی به کسی که تعلیق در انشاء را محال می دانست بدهد. نتیجه جواب این شد که مرحوم شیخ می فرماید می توانیم انشاء معلق را به این صورت تصویر کنیم که مملوک تعلیق دارد نه ملکیت.

لازمه کلام شیخ عینیت ملکیت حقیقیه با ملکیت انشائیه نیست

مرحوم اصفهانی فرمودند این تصویر صحیح نیست زیرا اگر مرحوم شیخ این را بفرمایند «فمجال البحث معه واسع لابتناءه علی أن الملكية الحقيقية عين الملكية الانشائية». در حالی که ایراد محقق اصفهانی صحیح نیست و لازم نمی آید که مرحوم شیخ بگوید ملکیت حقیقیه عین ملکیت انشائیه است.

محقق اصفهانی این ابتناء را به صورت قطعی به مرحوم شیخ نسبت می دهند، می گوید حرف شیخ اگر این باشد مبتنی است بر اینکه ملکیت حقیقی عین ملکیت انشائی باشد. می گوئیم چرا؟ ما یک انشائی داریم، این انشاء موضوع یک اعتبار ملکیتی باشد که به این صورت است که ملکیت همیشه مطلق ولی مملوکش مقید است، این چه مشکلی دارد. این همان تفسیر سومی است که ما احتمال دادیم. بنابر تفسیر دیگری که خود مرحوم اصفهانی طرح کرد که ما دو جور ملکیت داشته باشیم، ملکیت معلقه و ملکیت منجزه. این هم یک تصویر است.

پس یک تصویر حرف اول مرحوم اصفهانی است. تصویر دوم هم احتمالی است که محقق اصفهانی در عبارت مرحوم شیخ دادند مبنی بر اینکه ما دو جور ملکیت داریم در عالم، معلق و منجز و تصویر سوم هم آن چیزی است که الان عرض کردیم که ملکیتها مطلق باشد و هر قیدی آمد بخورد به مملوک.

دفاع از تفسیر دوم

حال دقت کنید آیا لازمه اینجور تصویر که ما دو جور ملکیت داشته باشیم، این است که ملکیت حقیقی عین انشاء ملکیت باشد که مرحوم اصفهانی می فرماید؟ چرا باید اینطور باشد؟ ما که نفهمیدیم. اینکه مرحوم اصفهانی می فرماید که اگر اینطور باشد که ایشان می خواهد بگوید دو قسم ملکیت است «فمجال البحث معه رحمه الله واسع لابتناؤه علی أن الملكية الحقيقية عین الملكية الانشائية فها سنخان معلقا و منجزا». بله مرحوم شیخ بنابراین تصویر می گوید ما دو جور ملکیت داریم معلق و منجز. منتهی اینکه مبتنی باشد این حرف بر اینکه ملکیت حقیقی عین انشائی باشد چرا. حالا من در همان چهارچوبی که خود مرحوم اصفهانی فرمود برای شما تصویر می کنم. مگر مرحوم اصفهانی نفرمود که ما انشائاتی که می کنیم موضوع برای اعتبارات عقلائی یا شرعی است، و معنای تسبیب هم همین است که این انشاء، موضوع می شود برای آن اعتبارات. تسبیب این است. خب تارة انشاء به تنهایی موضوع اعتبار است، اخری مع یک قیدی مثل مجيء زید و غیره که هر وقت مجيء زید که فرض شده محقق شد اعتبار عقلاء می آید. و ایشان گفت که یک ملکیت بیشتر نداریم بر این دو سنخ وجود و دو سنخ سبب بار است.

حالا عین همین حرف را یعنی در همین تشکیلات و شاکله وساختار می توانیم برای دو جور ملکیت تصویر کنیم. اینطور بگوئیم که انشائات موضوع اعتبارات عقلائی هستند، انشاء مطلق موضوع اعتبار مطلق است، انشاء معلق یعنی انشائی که مقید باشد به مجيء زید مثلا موضوع اعتبار ملکیت علی تقدیر است. این خودش یک اعتبار است در عالم. همانطور که ما ملکیت مطلقه داریم ملکیت علی تقدیر هم داریم. ملکیت علی تقدیر یکی از اعتبارات عقلائی است. انشاء وقف مقیدا به اینکه إذا جاء رأس السنة این یک انشائی است که موضوع می شود برای وقف معلق و منوط، اگر گفتیم وقف یک وجود اصالی دارد، یا برای تملیک معلق، بنابراینکه حقیقت وقف تملیک باشد. این چه مانعی دارد؟ این در چهارچوب فکر شماست.

فائده اعتبار ملکیت علی تقدیر

البته ما در جلسه قبل اشکالی طرح کردیم که اگر آن اشکال صحیح باشد جلو این حرف را می گیرد، ولی به نظر من آن هم قابل جواب است. دوستان خوب دقت کنند، من همه وجوه را دارم باز می کنم شما روی آن فکر کنید. ما جلسه گذشته اشکال کردیم که این اعتبار ملکیت علی تقدیر چه فائده ای دارد؟ چون فرض این است که آثار شرعی مترتب بر ملکیت

مطلق است و ملکیت علی تقدیر اثر ندارد، این مفروض بحث است. یعنی باید مجیء زید محقق شود تا آثار روی ملکیت بیاید. پس ملکیت علی تقدیر چه فائده ای دارد؟

حالا می خواهیم این اشکال را دفع کنیم و یک صورت موجهتری به آن بدهیم، اگر کسی اینطور بگوید که اعتبار ملکیت علی تقدیر وقتی که تقدیرش می آید دیگر نیاز به اعتبار جدید ندارد. چون ما اشکال جلسه قبلمان این بود که بالاخره وقتی که تقدیر آمد شما اعتبار ملکیت مطلق می کنید یا نمی کنید؟ اگر نکنید که هنوز یک جور اعتبار دیگری دارید که موضوع آثار نیست، اگر اعتبار ملکیت مطلق می کنید که لغو می شود. پس چرا اعتبار علی تقدیر کنیم؟ خب یکسره می ایستیم تا مجیء زید محقق شود تا اعتبار ملک مطلق کنیم و موضوع آثار شود.

جوابی که حالا می خواهیم بدهیم این است که بگوئیم اعتبارات علی تقدیر، عند العقلاء عند حصول التقدير بالفعل می شود. یعنی عقلاء دیگر نیاز ندارند که عن جدید یک اعتبار مطلق کنند.

اصلا عقلاء اعتبارات ملکیت علی تقدیر را عند حصول التقدير، مطلق می بینند، لازم نیست اعتبار دیگر کنند.

حالا شما بگوئید که یعنی چه که می بینند؟ می گوئیم یعنی همان اثری را که برای ملک مطلق بار می کنند برای اینجور ملک هم بار می کنند. ما چیز دیگری نمی خواهیم. در واقع اگر اینطور گفتند إذا كان الشخص مالكا لشيء يجوز له التصرف و يمنع تصرف غيره. این اثرش هست. حالا یک ملکیت مطلقه داریم که موضوع است و یک ملکیت عند مجیء زید داریم، تا مجیء زید نشود، آن آثار جواز تصرف و حرمت تصرف غیر نیست. حالا مجیء زید که شد آن آثار هست، دیگر لازم نیست اعتبار جدید کنیم. در واقع اینطور می شود که آثار عقلائیه یا شرعیه بر اعتبار ملک مطلق و اعتبار ملک معلق عند حصول تعلیق مترتب است و دیگر لازم نداریم دوباره اعتبار ملکیت کنیم.

بنابر این می خواهیم عرض کنم که اگر ما در عالم دو جور ملکیت تصویر کنیم، دو جور اعتبار من العقلاء، در چهارچوب خود مرحوم اصفهانی هم این قابل بحث است که انشاء، موضوع دو جور اعتبار باشد، و بعد هم آن شبهه ای که ما جلسه قبل کردیم قابل دفع است به اینکه بگوئیم ملکیت علی تقدیر بعد از حصول تقدیرش دیگر نیاز ندارد که یک ملکیت مطلقه ای اعتبار شود. خود همان کافی است. کافی است یعنی چه؟ یعنی عقلاء ترتیب اثر مطلق به این می دهند، می گویند ملکیت فعلی شده. همانطور که در بقیه ملکیتها وقتی ملکیت مطلقه دارند آثار را بر آن مترتب می کنند در ملکیت علی تقدیر نیز وقتی تقدیر محقق می شود آن اثر را بر آن مترتب می کنند. مقصود ما از ملکیت فعلیه همین است. بنابراین مشکلی ندارد و تصویر می شود.

آنوقت در این صورت هم باز حرف مرحوم اصفهانی درست نیست. اینکه ایشان می گوید حرف شیخ مبتنی بر این است که ملکیت حقیقیه عین ملکیت انشائیه باشد، می گوئیم نه. همانطور که شما هم قبول دارید ملکیت انشائیه موضوع ملکیت اعتباریه است نه عین آن. منتهی شما می گفتید یک سنخ ملکیت بیشتر نداریم، ما می گوئیم دو سنخ داریم و به محض انشاء، آن سنخها حاصل می شوند. یک سنخش که ملکیت مطلقه فعلیه است الان اثر بر آن بار می شود، یک سنخش که ملکیت علی تقدیر است که بلافاصله با انشاء حاصل می شود الان موضوع ترتب اثر نیست بلکه با حصول تقدیر، اثر بر آن مترتب می شود. این چه مانعی دارد؟ این روی همان چهارچوب شما قابل بحث است.

اشکال اثباتی در کلام شیخ

منتهی نکته ای که به لحاظ اثباتی در کلام شیخ هست و شاید همین موجب شده که مرحوم اصفهانی همچنین نسبتی به مرحوم شیخ بدهد این است که: مرحوم شیخ بعد از اینکه دو نحوه انشاء تصویر می کند اصلاً راجع به ملکیت بالحمل الشایع چیزی نمی گوید. ما به مرحوم اصفهانی اشکال داریم می گوئیم دلیل ندارد که شما حرف شیخ را بر این چیزی که خودتان می گوئید حمل کنید، این درست است. ولی یک مشکلی اثباتی در کلام شیخ هست، که همان موجب این توهّمات شده است. مرحوم شیخ فقط صحبت از انشاء علی تقدیر کرده است، و بیان نفرموده که این انشاء موضوع برای ملکیت عقلانی می شود. ما می گوئیم منافات ندارد هر چند مرحوم شیخ تصویر نکرده ولی می توان چنین تصویر کرد. مرحوم شیخ در مکاسب می فرماید:

«وإن كان الكلام في أنه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون تقدير... فلا ريب في أنه امر متصور واقع»^۱ در تمام عبارات ایشان بحث بر روی انشاء است و روشن نیست که آیا ایشان ملکیت دیگری قبول دارد و بین انشاء با این ملکیت رابطه ای می بیند یا فقط همین انشاء است. لذا نباید به محقق اصفهانی بی انصافی شود، در عبارت شیخ اینها بیان نشده است. اما اینکه محقق اصفهانی می گوید «لابتناءه علی...» می گوئیم چینی ابتنائی وجود ندارد. من برای شما می توانم همین حرف شیخ را تصویری کنم که ابتناء هم نداشته باشد، که تصویر هم کردیم.

۱ کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ۳، ص: ۱۷۰

حالا مقداری در عباراتها دعوا شد ولی ما حصل می خواهیم بگویم سه تا تصویر است، اینها را دوستان خوب تحفظ کنند چون یک مشکل داریم که این تصویرها چطور با واجب مشروط شیخ ره می سازد، بعد بینیم اشکالاتی که به آن کرده اند وارد است یا نه. الان اشکال مرحوم اصفهانی که علی الظاهر وارد نیست، چون می شود تصویری کرد که اشکال وارد نباشد. حالا اشکال مرحوم سید را هم بعد می بینیم.

خلاصه تصاویر ثلاثه تعلیق ثبوتا

پس تا به حال سه تا تصویر در فرمایش مرحوم شیخ قابل تصویر است:

تصویر اول اینکه: نظر مرحوم شیخ عین نظریه مرحوم اصفهانی باشد، یعنی بگوید انشاء، موضوع اعتبار عقلائی است و دو جور سببیت است، انشاء تارة خودش موضوع است، در جائی که مطلق باشد، اخری مع شیء موضوع است، که هرگاه آن شیء آمد آن اعتبار عقلائی هم می آید، که اثر مهمش این است که اگر قبل از آن تقدیر بیاید ملکیتی نیست، هیچ جور ملکیتی نیست، فقط انشاء است، انشاء علی تقدیر است، هیچ ملکیتی در کار نیست.

تصویر دوم اینکه: با انشاء در هر حال ملکیت پدید می آید، منتهی دو سنخ ملکیت داریم، یک ملکیت مطلقه و یک ملکیت علی تقدیر. پس با انشاء ملکیت پدید می آید اما ملکیت خاصی، و لازمه اش این است که دو سنخ ملکیت باشد، برخلاف تصویر اول که یک سنخ بود.

تصویر سوم اینکه: ما بگوئیم با انشاء، ملکیت پدید می آید، ملکیت هم یک سنخ بیشتر نیست، دو سنخ ملکیت معلق و غیر معلق نداریم، ملکیت همیشه مطلق است، مملوک است که دو جور است، تارة مملوکش عبارت است از دار در زمان خاص، اخری مملوکش مطلق است.

پس با انشاء همین حالا ملکیت پدید می آید مملوک ممکن است زمانهایش فرق کند یا قیودش فرق کند. عین همین حرف را در وقف هم می شود زد.

خیلی حرف جالبی شد، ما سه تا تصویر پیدا کردیم، الان بحث فقط این نیست که مرحوم شیخ چه می فرماید، ما در عالم ثبوت سه تا تصویر برای تصویر تعلیق داریم، حالا اینکه کدام احق است، حالا فرمایش سید را هم جلسه بعد بحث کنیم بعد ببینیم کدام بیشتر به نظر می رسد. به نظر می آید فرمایش مرحوم اصفهانی یک مشکل دیگری دارد غیر از چیزهایی که تا حالا بحث کردیم، یعنی غیر از اینکه اشکالات ایشان به شیخ وارد نیست خود آن تصویر هم علی الظاهر خالی از اشکال نباشد، تا به او برسیم.

شماره جلسه: ۱۲۸ (سال دوم) درس خارج فقه آیت الله آملی لاریجانی (حفظه الله) تاریخ: ۱۳۹۹/ ۱۱/ ۱۸

موضوع عام: کتاب الوقف موضوع خاص: تنجیز در وقف (مسأله ۲۲)

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۴۱
- خلاصه گذشته ۶۴۱
- عدم فرق بین انشاء و ملکیت اعتباری در کلام مرحوم شیخ ۶۴۲
- عدم تنافی احتمالات ثلاثه با فرمایش شیخ در بحث واجب مشروط ۶۴۳
- اشکال مرحوم سید به مرحوم شیخ ۶۴۴
- ارتباط میان دو بحث بر اساس انتزاعی بودن احکام وضعی است ۶۴۵
- عبارات مرحوم سید و اشکال ایشان به مرحوم شیخ ۶۴۶
- جواب از اشکال مرحوم سید به شیخ ره ۶۴۸

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

بحث ما در اشتراط تنجیز در وقف بود. مرحوم شیخ انصاری رحمه الله علیه بحث اشتراط تنجیز را در بیع مطرح کرده اند ولی گفته اند ادله بحث در همه معاملات مشترک است. مرحوم شیخ عمده دلیل را اجماع می داند. ما نیز اجماع را قبول داریم و اشکالاتی که به اجماع شده بود را دفع کردیم، پس این دلیل تمام است. منتهی وجوه دیگری نیز بر اشتراط تنجیز اقامه شده است که مرحوم شیخ همه را ضعیف می داند.

از جمله آن فرمایش عده ای است که گفته اند دلیل اشتراط معاملات از ایقاعات و عقود نسبت به تنجیز و مبطلیت تعلیق از باب این است که انشاء قابلیت برای تعلیق ندارد.

مرحوم شیخ عبارتی داشتند که نیاز به چند بحث داشت. و در واقع یک بحث چند ضلعی می شد. یک بحث اصل بحث و واقعیت امکان تعلیق انشاء در باب عقود است. ما در ضمن تحریر فرمایش محقق اصفهانی و بعد معنا کردن و

تفسیر عبارات مرحوم شیخ انصاری به این نتیجه رسیدیم که فارق از حواشی بحث و مطالب جنبی، نفس اینکه معامله معلق و منوط به چیزی شود ثبوتاً سه تصویر دارد.

تصویر اول این است که بین انشاء و اعتبار فاصله بگذاریم، انشاءات موضوعند برای اعتبارات عقلائی و شرعی. انشاء ملکیت توسط متبایعین و مبادله و ایجاب و قبولی که رد و بدل می شود موضوع است برای اعتبار عقلاء یا شارع. حال در مقام موضوع شدن برای آن اعتبار، گاه خود انشاء موضوع است و گاه انشاء به اضافه امری مانند مجیء زید، مجیء رأس سنه و مانند آن موضوع است. یعنی تعلیق را به صورت توقف اعتبار عقلاء یا شارع بر تحقق این امور معنا کنیم. نتیجه هم این می شود که تازمانی که شرط حاصل نشود عقلاء یا شارع اعتبار ندارند. زیرا اعتبار دست خود عقلاء و شارع است و آنها می گویند در چنین انشاءاتی که با قصد تعلیق انشاء می شوند، اعتبار ما بعد از تحقق آن شرط است.

این تصویر مطابق نظر محقق اصفهانی بود و ایشان می فرمودند اگر منظور شیخ انصاری نیز همین تصویر باشد عیبی ندارد.

تصویر دوم این بود که ما دو نوع ملکیت داریم: ملکیت منجزه و ملکیت معلقه. هر دو از سنخ اعتبارات عقلائی هستند و به نفس انشاء حاصل می شوند. با این تفاوت که ملکیت معلقه اثر آن ملکیت مطلقه را ندارد مگر بعد از تحقق منوط علیه.

تصویر سوم این بود که بگوئیم با انشاء ملکیت محقق می شود، اما نه دو جور ملکیت. یک ملکیت بیشتر نیست از حیث ملکیت. مملوکش دو صورت دارد. مثلاً ملک خانه به نفس انشاء تملیک حاصل می شود، منتهی خانه به همراه مجیء زید. یعنی خانه توأم با مجیء زید ملکیتش اعتبار می شود، از کی؟ از وقتی انشاء شد. انشاء می شود ملکیت خانه منوطاً به مجیء زید. در این صورت این انشاء که تحقق پیدا می کند و قابل تعلیق نیست. و با این انشاء اعتبار ملکیت از ناحیه عقلاء حاصل می شود و این ملکیت نیز تقیید ندارد ولی مملوکش خاص است. ملک این مملوک خاص اعتبار می شود. این هم یک بیان بود. این راجع به عالم ثبوت.

منتهی دو تا مسئله دیگر هم وجود داشت که دیروز اشاره کردیم:

عدم فرق بین انشاء و ملکیت اعتباری در کلام مرحوم شیخ

یکی اینکه از میان این احتمالات ثبوتی کدامیک با عبارات مرحوم شیخ در مکاسب مطابقت بیشتری دارد؟

عرض کردیم که ظاهر عبارات مرحوم شیخ این است که بین انشاء و بین ملکیت اعتباری فرقی نگذاشته و فاصله ای قرار نداده اند. شاید همین امر موجب این توهم برای محقق اصفهانی شده است که می فرمایند حرف شیخ مبتنی بر این است که ملکیت حقیقیه عین ملکیت انشائی باشد. در حالی که چنین ابتنائی وجود ندارد ولی چون مرحوم شیخ ذکر نکرده که غیر از این انشاء امر دیگری مانند ملکیت عقلائی نیز داریم موجب این شده است که محقق اصفهانی گمان نمایند این دو در نظر مرحوم شیخ یکی است.

پس این خلأ در کلام شیخ وجود دارد، که ما در این بحث باید بین انشاء و بین آن ملکیت اعتباری فاصله بگذاریم، که ظاهراً عرض می کنم در ظهور عبارت چیزی نیست.

عدم تنافی احتمالات ثلاثه با فرمایش شیخ در بحث واجب مشروط

یک مسئله دیگر این است که این احتمالات با فرمایش مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط چه نسبتی دارد، سازگار است یا منافی است؟

ما دیروز بالاجمال عرض کردیم که برخی از این سه وجه با مطلب مرحوم شیخ در واجب مشروط سازگار است. منتهی الان می خواهیم بگوئیم نفس آنچه مرحوم شیخ در واجب مشروط بیان کرده اند ظاهراً هیچ تنافی ای با مطالب اینجا بنابر هیچ کدام از تفاسیر ندارد. برای اینکه آنچه که در بحث واجب مشروط است مربوط است به وجوب و هیچ ربطی به ملکیت ندارد.

مطالبی که مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط فرمودند بسیار مفصل است ما در اینجا برای روشن شدن عدم ربط آن مباحث به ملکیت می خواهیم به دو نکته در آن بحث اشاره کنیم:

نکته اول: این است که به نظر مرحوم شیخ لب وجوب که اراده است قابل تعلیق و اناطه نیست. هر موجودی که دارای اراده است در هنگام اراده یا اراده می کند و یا نمی کند دیگر اراده منوط نداریم. آنوقت این اراده گاهی به خاص تعلق می گیرد و گاهی به مطلق. یکوقت اراده می کند مطلق حج را و یکوقت اراده می کند حج در موسم را. ولی اراده اش اراده است هیچ اشتراطی ندارد این مراد است که مطلق است و گاهی خاص است. برهان بر این مطلب این است که اراده قابل تعلیق نیست بلکه یا هست یا نیست. که ما به تفصیل این مطلب را در بحث واجب مشروط بررسی کردیم.

نکته دوم مرحوم شیخ این است که: ما وجوب را از معنای حرفی و از هیئات می فهمیم. و معانی حرفی و هیئات قابل برای تعلیق و تقیید و اناطه نیستند. هیئت را نمی شود قید زد، چون جزئی است و جزئی لا یقید. استدلال عمده مرحوم شیخ این دو برهان است.

حال عرض ما این است که اینها مربوط به عالم وجوب است، چه ربطی به ملکیت دارد اگر گفتی وقف، تملیک است؛ چه ربطی به وقف دارد اگر گفتیم وقف، مجعول اصالی مستقل است.

اگر ما گفتیم ملکیت، زوجیت، ولایت، وقف و مانند آن مجعولهای اصالی هستند چه ربطی به بحث وجوب دارد؟ دقت بفرمائید. می خواهم عرض کنم: آنچه مرحوم شیخ در اینجا گفته هر تفسیری که از آن ارائه دهیم بنابر مسلک قوم که احکام وضعی را مستقل می دانند، هیچ تنافی ای با بحث واجب مشروط ندارد چون ربطی به هم ندارند.

برهانی که مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط ارائه می کنند و بر اساس آن قائل اند وجوب تقیید نمی شود و تقیید مربوط به واجب است، بر اساس مسلک مرحوم شیخ است آن هم در باب وجوب، ایشان فرموده اند که در همه جا این برهان جاری است. لذا اختصاص به باب وجوب دارد. و ربطی به بحث انشاء معاملات ندارد که محقق اصفهانی یا دیگران بفرمایند «کما یوافق مسلک فی الاصول».

محقق اصفهانی از میان سه احتمال در تفسیر نظر شیخ احتمال دوم یعنی وجود دو ملکیت منجز و معلق را موافق تر به نظر شیخ دانسته و می فرماید این احتمال یوافق مسلک فی الاصول در جلسه گذشته نیز عرض کردیم ما واقعا نمی دانیم به چه دلیل ایشان قائل به این موافقت است.

اشکال مرحوم سید به مرحوم شیخ

با مقدمه قرار دادن این مطلب به سراغ مرحوم صاحب عروه می رویم. ایشان مرحوم شیخ را مواخذه می کنند که شما که در این بحث اعتراف کردید به امکان ملکیت معلق، چرا در بحث واجب مشروط نپذیرفتید که خود وجوب و طلب هم بتواند معلق و منوط باشد.

بنابراین مرحوم سید این دو بحث را به یکدیگر پیوند می دهد، ولی ما عرض می کنیم که اینها هیچ ربطی به هم ندارد.

ارتباط میان دو بحث بر اساس انتزاعی بودن احکام وضعی است

بله بر اساس بیانی که در سال گذشته ارائه دادیم به همراه مبنای مرحوم شیخ از انتزاعی بودن احکام وضعی از احکام تکلیفی بین دو بحث ارتباط برقرار می شود.

زیرا ملکیت، زوجیت و تمام عقود و ایقاعاتی که مرحوم شیخ تعلیق را در آنها جاری می داند انتزاعاتی از تکالیف هستند. در این صورت اگر شما در وجوب و طلب این تکلیف، تقیید و اناطه را تصویر نکنید آنوقت در ملکیت هم نمی توانید اناطه را تصویر کنید. ولی نتیجه این بحث چیزی نیست که مد نظر مرحوم سید است.

پس ما دو حرف مهم داریم:

یکی اینکه: فی حد ذاتها و بر اساس مسلک قوم که احکام وضعی را غیر از احکام تکلیفی می دانند حرف مرحوم شیخ در بحث امکان انشاء معلق هیچ مساسی با نظر ایشان در واجب مشروط ندارد. لذا به هیچ وجه نمی توان ایشان را مؤاخذه کرد. و حتی نمی شود مثل مرحوم اصفهانی گفت «هذا لا یوافق مسلک فی الاصول». مسلک ایشان در واجب مشروط با هر سه احتمالی که در اینجا گفتیم سازگار است. و مرحوم سید نمی تواند مرحوم شیخ را مؤاخذه کند که حرف اینجا شما منافات با آنجا دارد، و اینجا که شما تعلیق در ملکیت را پذیرفتید پس آنجا در وجوب باید بپذیرید. نه، هیچ همچنین حرفی نیست.

حرف دیگر اینکه اگر خواستیم راهی را که ما قبلا طی کردیم از باب ضم این مقدمه که مرحوم شیخ احکام وضعی را منتزع از تکلیف می داند بپیمائیم به چه نتیجه ای منتهی می شود؟

نتیجه این است که ملکیت تقیید بردار نیست نه اینکه تعلیق در وجوب ممکن است. لذا نتیجه این نیست که مانند مرحوم سید، مرحوم شیخ را مؤاخذه کنیم که همانطور که در اینجا قائل به تعلیق شدید در آنجا نیز باید تعلیق در وجوب را بپذیرید.

پس لازم است در این مطلب دقت شود. صورت کلی بحث را عرض کردم تا برسیم به فرمایش مرحوم سید ببینیم ایشان چه می فرماید.

مرحوم سید البته یک بحثی دارد که ما به آن نمی پردازیم و می گذارم جزء یکی از نکات بحث. ایشان می فرماید: انشاء تعلیق بردار نیست، همان حرف معروفی که گفته اند و ما هم قبول داریم که انشاء مثل ایجاد است و ایجاد تعلیق بردار نیست بلکه یا هست یا نیست. آن چیزی که تعلیق بردار است منشأ است، و منشأ آن تملیک است، می فرماید و این واضح

است که تعلیق بردار است. بعد هم ایشان فرق گذاشته بین ایجاد تکوینی و ایجاد اعتباری و تشریعی، که اینها محل اعتراض محقق اصفهانی شده است. ما در حال حاضر به این نمی پردازیم تا ذهن دوستان از بحث دور نشود. آن چیزی که الان به بحث مربوط است این است که:

عبارات مرحوم سید و اشکال ایشان به مرحوم شیخ

بعد از اینکه مرحوم سید می فرماید انشاء فی حد ذاتها تعلیق بردار نیست، ولکن بحث سر انشاء نیست، بحث در تملیک و وقف و امثال اینهاست، می فرماید: «ثم لا يخفى ان نظير التعليق في المنشأ في المعاملات الواجب المشروط، فإن التعليق فيه أيضا ليس في نفس الانشاء (در واجب مشروط هم تعلیق در خود انشاء نیست) بل في المدلول الذي هو المنشأ و هو الطلب، فالملكية المنشأة في المقام نظير الطلب المنشأ هناك.

ومن ذلك (حالا که این قیاس را دیدید و برایتان روشن شد) يظهر ما فيما ذكره المصنف في بحث مقدمة الواجب من رجوع الواجب المشروط الى المعلق».

البته مرحوم مصنف که این را نفرموده، مرحوم شیخ هیچ کجا نفرموده است که واجب مشروط به واجب معلق برمیگردد، بلکه مشروط را به صورتی خاص معنا می کند و بعد هم به صاحب فصول ایراد خیلی محکم و بلکه توأم با تندی می کند که اصلا واجب معلق معنا ندارد. می گوید واجب معلق معنا ندارد به چیزی که خود ایشان در واجب مشروط قائل است.

پس اشکال ما این است که مرحوم شیخ در هیچ جا نگفته است که واجب مشروط به واجب معلق برمیگردد. استظهار مرحوم آخوند و مرحوم سید و دیگران این است که این واجب مشروط شما همان واجب معلق صاحب فصول است. ولی به نظر ما این مطلب جای بحث دارد کما اینکه مرحوم اصفهانی هم اشاره کرده است.

حال برای اینکه بحث در بحث نشود. فرض کنیم که این حرفهای صاحب عروه درست باشد و واجب مشروط مرحوم شیخ به واجب معلق صاحب فصول باز می گردد.

ایشان می فرماید از آنچه ما گفتیم که بحث ما در اینجا شبیه واجب مشروط است، باب اشکال به شیخ باز می شود، چون شیخ در آنجا ادعا کرده «بدعوی أنه لا يعقل تقييد الطلب» یعنی مرحوم شیخ فرموده نمی شود طلب را مقید کنیم، «و إنما القابل للتقييد هو الفعل المطلوب» همان مراد و مطلوب قابل تقييد است نه خود طلب. «فالشرط يكون في الحقيقة للواجب لا للوجوب». وجوب قابل تقييد نیست واجب تقييد می شود. «فيكون كالواجب المعلق»، یعنی وجوب از حالا

هست و تعلق گرفته به امر مقیدی که اگر زمانش آینده باشد مثل واجب معلق می شود بنابراینکه معلق فقط در زمان آینده باشد. والا اگر گفتیم معلق در همه جا می شود و حتی در زمان ما هم به نحو دیگری می شود که در این صورت در همه جا است و نیاز به زمان هم ندارد. «فیکون کالواجب المعلق حیث إن الشرط فیه ایضا للواجب و الا فالوجوب حاصل بالفعل» در واجب معلق.

«و ذلک لان» یعنی به این خاطر از بیان اینجای شیخ به بحث واجب مشروط اشکال می شود که «ذلک لأن مقتضی اعترافه فی المقام بصحة انشاء الملكية المعلقة علی کذا صحة انشاء الوجوب المعلق علی کذا، بحیث لو لم یحصل الشرط لم یحصل الوجوب». می گوید شما اینجا اعتراف کردید که می شود انشاء کنیم ملکیت معلقه را، پس شما باید آنجا هم قبول کنید می شود انشاء کرد وجوب معلق را، «بحیث لو لم یحصل الشرط لم یحصل الوجوب و لو حصل، حصل من حین حصوله»، و اگر هم این شرط حاصل شد، حصل مشروط من حین حصول الشرط نه از اول. «فالواجب المشروط نظیر الملكية فی الوصية. حیث إن الانشاء حاصل فعلا»، در وصیت ما الان انشاء می کنیم وصیت را، ولی حقیقت وصیت که مثلاً یک نوع تملیک است یا یک نوع عهد است حقیقتش بالحمل الشایع بعد از موت موصی است. «حیث إن الانشاء حاصل فعلا، والمنشأ (که آن ملکیت است) لا یحصل الا بعد الموت. والواجب المعلق نظیر مسئلة الاجارة بالنسبة الی منفعة السنة الآتية». در اجاره من به مستاجر تملیک می کنم منفعت دار را تا یک سال و مستأجر مالک منفعت میشود تا یکسال همین الان مالک است، اما چه چیزی را؟ منفعت یک سال آینده را. پس از الان ملکیت خورده است به یک امر آینده ای.

ایشان می فرماید این شبیه واجب معلق است، «حیث إن الملكية حاصلة بالفعل والمملوک منفعة متأخرة، و فی الواجب المعلق ایضا الوجوب حاصل بالفعل والواجب متأخر و مقید به زمان آتی»^۱.

بعد اشکال و جوابهایی می شود، تا به آن برسیم.

۱ حاشیة المكاسب (للزیدی)؛ ج ۱، ص: ۹۱

جواب از اشکال مرحوم سید به شیخ ره

اولین حرف ما با ایشان این است که اولاً ما در این بحث وقتی مرحوم شیخ فرمود انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر امکان دارد همانطور که انشاء ملکیت متحققه علی ای تقدیر امکان دارد؛ ندیدم فرموده باشد این ملکیت متحققه، بعد از حصول شرط و تقدیر است. کجا این را مرحوم شیخ گفته است؟!.

پس داریم نقد می کنیم اشکال مرحوم سید به مرحوم شیخ را که فرمودند شما اینجا که دارید می گوئید صحت انشاء ملکیت معلقه علی کذا، لازمه اش صحت انشاء وجوب معلق علی کذا است، بحیث لو لم يحصل الشرط لم يحصل الوجوب. می گوئیم مگر مرحوم شیخ در بحث ما همچنین چیزی فرموده بود؟! مرحوم شیخ فرمود اگر بحث در این است که همانطور که ما انشاء ملکیت متحققه علی ای تقدیر یعنی مطلق داریم، آیا انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر داریم؟ می گوید اگر سؤالتان این است جواب می دهیم که بله داریم، هم در شرع و هم در عرف الی ماشاءالله ما انشاء ملکیت علی تقدیر دون تقدیر داریم. آنوقت مثال هم زده است. کجا ایشان فرموده است که قبل از اینکه يحصل الشرط این ملکیت علی تقدیر نیست؟ کجا ایشان این را گفته است تا شما نتیجه بگیرید که پس در واجب مشروط هم ما انشاء وجوب علی تقدیر دون تقدیر داریم بحیث که لو لم يحصل الشرط لم یکن هناك وجوب، تا نقض کنید به شیخ. چون مرحوم شیخ می فرمود اینطور نیست که اگر شرط نبود وجوب نباشد. چون وجوب قید ندارد شرط ندارد، وجوب بالفعل است، واجبتان خاص است.

شمای مرحوم سید دارید اشکال می کنید به مرحوم شیخ و مؤاخذه می کنید مرحوم شیخ را، که شمائی که اینجا تعلیق در انشاء را به این صورت پذیرفتید در باب وجوب هم باید بپذیرید. خب ما اصلاً می گوئیم مرحوم شیخ بپذیرد در وجوب. خوب دقت کنید حرف این است که در کجا مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط انشاء وجوب علی تقدیر را منکر شده باشد؟ عبارتها را بخوانید. مطارح را ببینید. در مطارح که حدود ده سال پیش مراجعه داشتم ایشان میفرماید اتفاقاً ظاهر جمله شرطیه با مشهور است که میگویند شرط به وجوب می خورد. می گوید ولکن با دید دقی استدلالی درست نیست، چون وجوب از هیئت فهمیده می شود و هیئت قابل تقیید نیست. چون لب وجوب اراده است و اراده قابل تعلیق نیست. مرحوم شیخ استدلال را علیه این نظر مشهور دارد نه ظاهر جمله شرطیه را. کجا ایشان گفته انشاء علی تقدیر نمی شود کرد؟ لب حرف شیخ آنجا این است که انشاء علی تقدیر می کنی شما، ولکن در این انشاء وجوب علی تقدیر چه چیزی مقید می شود؟ واجب نه خود وجوب. حرف شیخ این است. کجا گفته انشاء نمی شود؟! این عبارت که شما می گوئید «لأن مقتضی

اعترافه فی المقام بصحة انشاء الملكية المعلقة على كذا صحة انشاء الوجوب كذا بحيث لو لم يحصل الشرط لم يحصل الوجوب» این بحث را مرحوم شیخ کجا گفته است؟

اگر مرحوم شیخ در این بحث ملکیت که گفت انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر دون تقدیر ممکن است قائل می شد که نتیجه اش این است که قبل از شرط، ملک نیست، می توانستید ایشان را مواخذه کنید به مطالبی که در بحث واجب مشروط گفته است آن هم به شرط اینکه ایشان آن مقدمه ما را قبول کند که احکام وضعی متزعدند. ولی مرحوم شیخ که نفرمودند ملکیت قبل تحقق شرط نیست.

البته مرحوم سید این مقدمه را نیز بیان نکرده اند و اگر آن مقدمه را نگوئیم باب ملکیت و وجوب دو باب هستند. و ربطی به هم ندارند.

ما که وجوب را حکم وضعی نمی دانیم. یکی از مشکلات این است که مرحوم سید خودش وجوب را مثل احکام وضعی می داند، که بعدا شواهدش را می آوریم. ایشان خود وجوب را مثل احکام وضعی می داند. از این جهت شاید مرحوم آقای خوئی و دیگران که می گویند وجوب اعتبار ثبوت است نظرشان را از مطالبی مانند این موارد گرفته باشند.

مرحوم یزدی هم وجوب را گوئی یک حکم وضعی می داند. متهمی مرحوم شیخ و اینها اینطور نیستند، مشهور وجوب را انتزاعی می دانند، مثل مرحوم اصفهانی که می گوید وجوب متزعد از انشاء به داعی جعل الداعی است و امثال این، اینها را انتزاع میدانند نه اینکه وجوب را یک اعتبار استقلالی بدانند.

بنابراین در عبارت مرحوم شیخ که برای شما خواندم ایشان فقط فرموده است که اگر سواتان این است که آیا همانطور که ما انشاء ملکیت متحققه علی کل تقدیر داریم «فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون تقدير»، جواب ما این است بله ممکن است «فلا ريب في أنه امر متصور واقع في العرف و الشرع كثيرا في الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات»^۱.

ایشان می فرماید این انشاء ممکن است اما نگفته است که این انشاء به گونه ای است که اگر آن مقدر و معلق علیه نیامد ملکیت نیست.

۱ کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثية) ج ۳، ص: ۱۷۰

این را از کجای عبارت مرحوم شیخ استفاده کردید تا بخواهید به وسیله آن به مرحوم شیخ نقض کنید به واجب مشروط ایشان؟!

نه عبارت اینجای ایشان این را می گوید و نه عبارت آنجا.

ولذا به نظر من اشکال مرحوم سید بر شیخ وارد نیست، از دو جهت وارد نیست، یک جهتش را الان گفتم، یک جهت دیگرش این است که اگر آن عرض ما را شما قبول کنید، چون اگر آن مقدمه ما را قبول نکنید که احکام وضعیه نزد شیخ انتزاعی از تکالیف است، اگر قبول نکنید که اصلاً ربطی ندارد، این ملکیت حکم وضعی است و آن وجوب حکم تکلیفی است، به هم چه ربطی دارند تا شما یکی را به یکی قیاس کنید. اگر آن واسطه و مقدمه را قبول کنید به هم مربوط می شوند ولی نتیجه اش این چیزی نیست که شما می گوئید. این را انشاءالله فردا بحث می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۵۱
- خلاصه گذشته ۶۵۱
- اشکال مؤاخذه مرحوم سید نسبت به شیخ ره ۶۵۲
- بر فرض انتزاعی بودن احکام وضعی و پیوند دو بحث، باز اشکال به شیخ درست نیست..... ۶۵۳
- اشکال انشاء بدون منشأ در کلام مرحوم سید ۶۵۴
- پاسخ نقضی و حلی ایشان از این اشکال ۶۵۵
- اشکال به جواب مرحوم سید..... ۶۵۷
- فرق نگذاشتن مرحوم سید بین انشاء و ملکیت اعتباری ۶۵۷
- جواب نقضی راهگشا نیست..... ۶۵۸
- جواب حلی تکرار مدعاست..... ۶۵۸
- نکته عدم توانائی مرحوم سید در جواب از تفکیک انشاء و منشأ ۶۵۹
- جواب از تشبیه مقام به بحث اراده توسط مرحوم سید ۶۶۰
- تفکیک اراده نام از مراد ممکن نیست..... ۶۶۰
- انکار واجب معلق بخاطر خصائص خود آن بحث است و به مقام پیوند نمی خورد ۶۶۱

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

بحث در اشتراط تنجیز در وقف بود و سببیت تعلیق برای بطلان آن.

رسیدیم به یک بحث کلی تر که مرحوم شیخ در مکاسب طرح کرده بودند. فرمایش مرحوم شیخ و اجمالهای کلام ایشان را دیدیم. فرمایش محقق اصفهانی نیز بررسی شد. رسیدیم به فرمایش مرحوم سید صاحب عروه. ایشان به مرحوم شیخ اشکال می کنند ولی قبل از آن در این بحث بیانی در انشاء و منشأ مطرح می کنند که به آن اشاره می کنیم و تقریباً تمام حرفهایی که ایشان مطرح فرموده مورد نقد محقق اصفهانی قرار گرفته است. اگر دوستان دقت کنند تمام توهّمها و فسادهایی که محقق اصفهانی می فرماید همه مربوط به فرمایش مرحوم سید است.

ما الان از نقدهای که مربوط به بحث های اصطلاحی است صرف نظر می کنیم و به صورت ضمنی در مباحث مطرح خواهد شد؛ مساله اصلی ما با مرحوم سید مؤاخذه ای است که ایشان نسبت به مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه دارد می فرماید که شما در این بحث، امکان تعلیق در معاملات را پذیرفتید و فرمودید که تعلیق در انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر عرفا و شرعا وجود دارد و تعلیق در تمام معاملات اعم از عقود و ایقاعات و حتی اوامر متصور است در صورتی که تعلیق به این معنا باشد یعنی مثلا در عقود تملیکی، انشاء ملکیت المتحققه علی تقدیر باشد و بر همین اساس در وجوب نیز به تناسب ممکن است.

اشکال مؤاخذه مرحوم سید نسبت به شیخ ره

مرحوم سید ایشان را مؤاخذه می کند و می فرماید شما که اینجا این تعلیق را پذیرفتید چرا در بحث واجب مشروط، تعلیق در وجوب را نپذیرفتید؟ چه تفاوتی بین دو تعلیق وجود دارد؟

ما در جلسه گذشته عمده فرمایش سید را آوردیم، اشکال حرف ایشان را هم اشاره کردیم، **اولا:** اگر ما احکام وضعی را غیر از احکام تکلیفی بدانیم که ممشا و نظریه محققین عمدتا همین است، در این صورت ارتباط مستقیمی بین این دو بحث پیدا نمی شود. وجوب یک خصائصی دارد. ما هم واجب معلق را قبول نداریم، به خاطر اینکه وجوب و لزوم، خصائصی دارد که بر اساس آن ممکن نیست لزوم از حالا بیاید برای آینده. تمام بحث واجب مشروط شیخ که می گویند لبش به واجب معلق برمی گردد این است.

آنهايي که واجب مشروط را نمی پذیرند می گویند واجب مشروط اعم از اینکه معلق شود یا نشود چون ظهورش این است که وجوب به هیئت می خورد، بنابراین وجوب، معلق می شود.

پس افرادی مانند مرحوم شیخ که منکر واجب مشروط اند خصیصه ای در وجوب دیده اند؛ ایشان هم وجوب را ناشی از هیئت می داند و چون هیئت تقیید نمی شود قائل است وجوب نیز تقیید نمی پذیرد، و هم می گوید وجوب لبش اراده است و اراده تعلیق بردار نیست. تمام این اشکالات مربوط به وجوب است و ربطی به ملکیت ندارد. شما چرا می گوئید اگر مرحوم شیخ اینجا انشاء علی تقدیر را پذیرفت آنجا هم باید بپذیرد.

ثانیا: انشاء علی تقدیری که مرحوم شیخ پذیرفتند چه نتیجه ای داشت؟ آیا نتیجه اش این بود که ملکیت تعلیق دارد؟

معلوم نیست نتیجه حرف ایشان این باشد که ملکیت تعلیق دارد. ما قبلا سه محتمل برای عبارات ایشان ذکر کردیم، معلوم نیست فرمایش مرحوم شیخ در اینجا این باشد. چه بسا معنای حرف ایشان این باشد که ملکیت از حالا هست و مملوکش مقدر است.

و اتفاقا مطلب عجیب این است که مرحوم سید وقتی برای واجب معلق مثال می زند می فرماید واجب معلق مثل تملیک منافع سال آینده است بطوری که ملکیتش از حالا است و مملوکش خاص است. یعنی خود مرحوم سید وقتی می خواهد قیاس کند و مثال پیدا کند، جایی را پیدا می کند که ملکیت مطلق است و مملوک مقید. در این صورت اگر مراد شیخ انصاری از پذیرش ملکیت علی تقدیر این باشد که ملکیت مطلق است و مملوکش خاص هیچ منافاتی با بحث واجب مشروط ندارد.

پس اشکال به مرحوم سید این است که شما بحث اینجا را پیوند می دهید به بحث واجب مشروط و بر اساس آن به شیخ ره اشکال می کنید، در حالی که اینها دو وادی اند، یکی حکم وضعی است و دیگری حکم تکلیفی است. آن حکم تکلیفی هم وجوب است. در وجوب چون پشتش اراده است و اراده تعلیق بردار نیست. یا چون وجوب به هیئت انشاء می شود و هیئت تقیید بردار نیست. واجب مشروط را نپذیرفتند و این چه ربطی به ملکیت دارد؟

بر فرض انتزاعی بودن احکام وضعی و پیوند دو بحث، باز اشکال به شیخ درست نیست

بله مگر بخواهیم با آن حلقه وصلی که ما درست کردیم تهافت را تقریر کنیم که مرحوم شیخ احکام وضعی را انتزاعی می داند پس ملکیت را از تکلیف انتزاع کرده، پس اگر تکلیف تعلیق بر نمی دارد ملکیت هم تعلیق برنمیدارد.

اگر این باشد دو بحث به یکدیگر پیوند می خورد. اما هنوز اشکال به شیخ درست نیست. مگر اینکه مرحوم شیخ ملکیت را در اینجا معلق بداند. ولی ما در عبارت شیخ چنین چیزی را نیافتیم که ایشان ملکیت را معلق بپذیرد ایشان انشاء ملکیت متحققه علی تقدیر را پذیرفته است اما می تواند بگوید که این انشاء، از حالا موضوع است برای اعتبار ملکیت نسبت به یک مملوک آینده. همان چیزی که شمای مرحوم سید در ملکیت نسبت به منافع در باب اجاره می فرمائید. عبارت ایشان چنین است:

«فالواجب المشروط نظیر الملكية فی الوصية حیث إن الانشاء حاصل فعلا و المنشأ لا یحصل الا بعد الموت».

جدای از اینکه این مطلب موضوع اشکالاتی است که خود ایشان طرح می کند و جواب می دهد و بعد به آن می پردازیم ایشان تصریح می کنند که موصی الان انشاء می کند و ده سال بعد که از دنیا می رود ملکیت موصی له بالفعل می شود. پس به نظر ایشان در واجب مشروط، وجوب بعد از تحقق معلق علیه است.

«و الواجب المعلق نظیر مسألة الإجارة بالنسبة إلى منفعة السنة الآتية حيث إن الملكية حاصلة بالفعل و المملوك منفعة متأخرة و في الواجب المعلق أيضا الوجوب حاصل بالفعل و الواجب متأخر و مقید بالزمان الآتی»^۱.

می فرمایند همانطور که در واجب معلق وجوب حالا است واجب که حج در موسم است ماه بعد است، در باب ملکیت مثالی که با واجب معلق می سازد ملکیت منافع سنه آینده است، که من در اجاره همین حالا به مستأجر ملکیت تا سنه آتی را تملیک می کنم. در این صورت مستأجر در ازاء ثمنی که به من می پردازد چه چیزی را مالک می شود؟ همین حالا مالک منفعت آینده است. مملوکش خاص است.

وقتی خود شما این مثال را بیان کردید چه بسا مرحوم شیخ در کل ملکیت همین را بگوید. کجا شیخ فرموده است که «انشاء الملكية المتحققة على تقدير بحيث لا يحصل الملكية الا إذا حصل التقدير» تا شما بفرمائید «بحیث لو لم يحصل الشرط لم يحصل الوجوب» در مثالتان که گفتید ملکیت مثل واجب معلق است چه بسا مرحوم شیخ نیز تمام ملکیتها را مانند واجب معلق بداند.

بنابراین نقض شما بر مرحوم شیخ از چند جهت وارد نیست.

این یک مسئله.

اشکال انشاء بدون منشأ در کلام مرحوم سید

ایشان اصل کلام را به این صورت شروع کرد که انشاء تعلیق بردار نیست چون امرش دایر بین وجود و عدم است ولی منشأ می تواند معلق باشد و بعد بیاید. لذا ایشان مواجه با این مشکل می شود که آیا انشاء بدون منشأ ممکن است؟ می فرمایند:

۱ حاشیه المکاسب (للزبدی)، ج ۱، ص: ۹۱

«و دعوی أنه كيف يعقل وجود الانشاء فعلا و وجود المنشأ بعد ذلك، فلا يعقل انشاء الوجوب الا إذا كان حاصلًا بالفعل، و إن كان الواجب متأخرا فلا يعقل الوجوب المشروط»^۱

پس وقتی الان انشاء می کنیم باید وجوب هم حالا بیاید، معنا ندارد بعدا بیاید. انشاء بی منشأ نمی شود که وجود انشاء الان باشد وجود منشأ بعدا باشد. منشأ باید همراه انشاء باشد.

پاسخ نقضی و حلّی ایشان از این اشکال

ایشان دو جواب می دهد. این همان چیزی است که مرحوم اصفهانی می فرمود که انشاء ایجاد است و ایجاد و وجود مساوق است پس انشاء با منشأ مساوق است، ایشان داشت جواب مرحوم سید را می داد. حالا ما فعلا با آن اصطلاحات کار نداریم، ایشان می فرماید این شبهه دو جواب دارد، می خواهیم ببینیم جوابهای ایشان چیست. خدا رحمت کند محقق اصفهانی را، با همه دقتهایی که دارد گاهی مؤاخذه هایش نسبت به معاصرینش یا سابقینش شبیه مؤاخذه های اصطلاحی می شود.

می خواهیم ببینیم وقتی ایشان می فرماید انشاء و منشأ مثل ایجاد و وجود اند و مساوق یکدیگرند و قابل تفکیک نیستند، فقط در مقام بیان یک مشکل اصطلاحی است که مثلا طبیعت انشاء این است که با منشأ مساوق باشد چون انشاء ایجاد است، یا یک نکته واقعی هم دارد؟

مرحوم سید در مقابل کسی که می گوید انشاء ایجاد است و الان بالفعل است و لذا منشأ بالفعل می خواهد دو جواب دارد. ایشان می فرماید:

اولا: نقض می کنیم به مثل وصیت. در وصیت انشاء تملیک حالا است، ملکیت بعد الموت است ممکن است ده سال بعد باشد. لذا وقتی موصی انشاء می کند، موصی له حق ندارد قبل از فوت او این ملک را معامله کند. چون ملکیت بالفعلی برای موصی له ثابت نیست. حتی اگر موصی له یقین داشته باشد که این شیء تا حین موت موصی باقی است و بعدا به او می رسد باز حق تملیک قبل الموت ندارد، برای اینکه مالک نیست. پس ملکیت، بعد از موت پدید می آید، انشاء حالا است منشأ بعد است.

۱ حاشیه المکاسب (للزبدی)، ج ۱، ص: ۹۱/۹۲

ثانیا: حل این مشکل به این است که اگر شما انشاء می کنید امری را علی تقدیر و با یک تعلیقی، این اصلا نباید حالا پدید بیاید. اگر حالا پدید بیاید تخلف معلول از علت است. من امری را علی تقدیر انشاء می کنم مثلا ملکیت بعد از رأس سنه یا رأس شهر را انشاء می کنم. اگر ملکیت از حالا حاصل شود پس معلوم می شود معلول این نیست. آن چیزی که معلول انشاء است عبارت است از ملکیت عند رأس الشهر. این معلول است. اگر حالا ملکیت پدید بیاید پس معلوم می شود که اصلا معلول این علت نبوده، تابع این نبوده است، اینجا تخلف معلول از علت می شود. معلول این انشاء ملکیت متاخر است نه ملکیت حالا.

ایشان این را مانند اراده می داند. اگر انسان اراده کند امر متأخری را، اگر زودتر پدید بیاید تخلف معلول از علت است. من اراده کردم یک امر متأخری را، اگر سر وقت خودش متأخر پدید بیاید معلول حاصل شده است. اما اگر زودتر پدید بیاید خب من که عقبتر می خواستم این را، اینکه زودتر پدید آمد پس معلول اراده من نیست. ایشان می فرماید:

«مدفوعة اولاً بالنقض بمثل الوصية فإنه لا اشكال في أن الملكية فيها لا تحصل الا بعد الموت، و لذا لا يجوز للموصي له نقل العين الموصى بها قبل الموت، ولو علم ببقائه الى ما بعد الموصى و انتقالها اليه، فيلزم تأخر المعلول عن العلة فيها ايضا»^۱.

و لو موصی له بداند که خودش وجود دارد تا بعد از موصی و این شیء هم بقاء دارد تا بعد از او و به او منتقل می شود، باز قبل از موت موصی نمی تواند روی آن نقل و انتقال انجام دهد چون مالک نیست. «فيلزم تأخر المعلول عن العلة فيها ايضا». می گوید اگر شما در انشاء ملکیتی که انشاء الان باشد منشأ بعد، بگوئید تأخر معلول از علت لازم می آید پس در وصیت هم تأخر معلول از علت لازم می آید، با اینکه صحت وصیت مسلم است. شما در وصیت نمی توانید بگوئید تأخر معلول از علت است. این نقض است.

در ادامه می فرماید:

«ثانياً بالحل بأن مقتضى الانشاء إذا كان وجود الوجوب أو الملكية بعد ذلك و حين حصول الشرط، فالتخلف إنما يحصل إذا حصل متقدماً (می گوید اگر بنا شد که با انشاء ما وجوب یا ملکیت متأخر را انشاء کرده باشیم اگر زودتر پدید

۱ حاشیه المکاسب (للیرزدی)، ج ۱، ص: ۹۱/۹۲

بیاید تخلف است). فالمقام نظیر تعلق الارادة بالامر الآتی (وقتی ما اراده می کنیم یک امر آینده)، فإنه لا يستلزم تخلف المعلول عن العلة، (اگر آن امر متأخر آنوقت پدید بیاید، شما نمی توانید اشکال کنید که باید الان حاصل شود. اگر الان حاصل بشود تخلف است). و هذا واضح جدا.^۱

و ما هم عرض می کنیم هذا لم یکن واضحا جدا.

این فرمایش ایشان است.

اشکال به جواب مرحوم سید

اولا همانطور که محقق اصفهانی فرمود انشاء ایجاد است، شما اول باید حقیقت انشاء را روشن کنید. انشاء ایجاد است، و ایجاد با وجود مساوق است. بنابر این انشاء با منشأ بالذات مساوق است. در این نباید تردید کرد.

منتهی ما الان نمی خواهیم به این صورت اشکال کنیم. چون ممکن است کسی مثل مرحوم سید یک فقیه بزرگوار قوی که در خیلی از مسائل فقهی حرفهایش راه گشا است بگوید من مقصودم از منشأ چیز دیگری است که در نهایت تمام بحث بر اساس یک جعل اصطلاح می شود.

در این بحث غوغائی وجود دارد. اگر برسیم فرمایش مرحوم امام را طرح کنیم که ایشان در انشاء و منشأ مطالب عجیبی بیان می فرمایند. ما باید در این بحثها بین بحث اصطلاحی و بحث واقعی فرق بگذاریم.

اگر یک فقیه بزرگوار پیدا شد اصطلاح منشأ را برای آن ملکیت به کار برد می خواهیم ببینیم آیا اشکالی به ایشان وارد است یا نه.

فرق نگذاشتن مرحوم سید بین انشاء و ملکیت اعتباری

به نظر من از بحث اصطلاحی که بیرون برویم اشکالی که به مرحوم سید وارد است این است که علی الظاهر مرحوم سید بین انشاء و بین آن ملکیت اعتباری عقلائی فرق روشنی نمی گذارد.

۱ حاشیه المکاسب (للیردی)، ج ۱، ص: ۹۱/۹۲

جواب نقضی راهگشا نیست

خوب دقت کنند دوستان، اولاً نسبت به نقضی که شما می کنید نقض که مشکلی را حل نمی کند. آخرش این است که ما در نقض هم مشکل را بپذیریم لذا باید مشکل وصیت را نیز به شکل دیگری حل کنیم. مانند اینکه بگوئیم در وصیت، ملکیت از حالا حاصل می شود مثل تصویر قبلی، و امر مملوک متأخر است. و برای عدم جواز فروش نیز مانع دیگری بیابیم. مانند اینکه وقتی مملوکها متأخر است الان قابل تسلیم نیست لذا بیعش صحیح نیست از باب اشتراط قدرت بر تسلیم در صحت عقد بیع. ولی ملکیت موصی له بر مورد وصیت را ثابت کنیم.

با این تصویر محال که پیش نمی آید از طرفی معلوم نیست از لحاظ فقهی هم یک چیز جدید و بدعتی باشد. اگر کسی بگوید ما وصیت داریم، موصی داریم، موصی له داریم و ملکیتی. این ملکیت حالا حاصل می شود نسبت به آن مملوک آینده. حالا چرا نمی تواند الان این را بفروشد؟ بگوئیم این ملکیتی که پدید می آید نسبت به مملوک آینده باید قابل تسلیم هم باشد، ولی قابل تسلیم نیست. یعنی یک اشکال دیگری درست کنیم.

می خواهم بگویم که با صرف این نقض شما نمی توانید مسئله را حل کنید.

جواب حلی تکرار مدعاست

ایشان در جواب حلی فرمودند اگر انشاء از حالا نسبت به امر متأخر محقق شود، آن امر باید در زمان متأخر پدید آید وگرنه تخلف حاصل می شود. این حرف عجیبی است. این مثل این می ماند که یک کسی بیاید بگوید این شیء علت آن معلول است در متأخر و اگر الان بخواهد معلول پدید بیاید تخلف است. این چه حرفی است که می زنیم؟!

دوستان دقت کنند! اگر کسی بگوید علت و معلول باید با هم باشند، جواب بدهیم که نخیر اگر علت اقتضاء کند یک معلول متأخر از خودش را می توانند از هم جدا شوند

می گوئیم این حرف معنا ندارد. شما باید حل کنید. یعنی بگوئید نظریه معیت علت و معلول هیچ منافاتی با اینجا ندارد چون این منافات پیش نمی آید.

ولی ایشان دوباره تکرار مدعا می کند. می گوید اگر الان ما انشاء کنیم امر متأخر را اگر حالا پدید بیاید تخلف است. چرا؟ چون معلولش امر متأخر است.

این مثل این می ماند که من الان بگویم الف علت شده برای ب که متأخر است. خب از اول می گوئیم این غلط است. هیچ علتی نمی تواند علت برای معلول متأخر باشد. این معنا ندارد. معلولش باید معه باشد. شما این را باید درست کنید که در عین تحفظ بر معیت علت و معلول اینجا آن تخلف پیش نمی آید. این را باید درست کنید. و اینکه بگوئید الان انشاء می کنم، پرسش این است که به چه صورت الان انشاء می کنید امر متأخر را و امر متأخر وجود پیدا می کند؟ شما دعوا را تکرار کردید. مگر با این انشاء نمی خواهد امر متأخر ایجاد شود؟ مگر این انشاء علت نیست؟ خب علت که باید همراه با معلولش باشد. یعنی معلول اگر معلول این است باید حاصل شده باشد، چه معنا دارد که بگوئیم بعدا پدید می آید. مگر اینکه علت نباشد بلکه از معدات باشد یا چیز دیگری، مثل بنا برای خانه مثلا، معد باشد نه اینکه علت باشد. پس این حلال مشکل نشد.

نکته عدم توانائی مرحوم سید در جواب از تفکیک انشاء و منشأ

به نظر من دلیل اینکه ایشان نمی تواند مسئله را حل کند این است که بین انشائی که متعاقبین ایجاد می کنند مثل ایجاب و قبول و بین اعتبار ملکیتی که توسط عقلاء یا شرع صورت می پذیرد فاصله نینداخته اند. اینجا محقق اصفهانی خوب حل کرده و تحلیل کرده چون بین انشاء و بین ملکیت فاصله انداخته، می گوید انشاء که از منشأش جدا نمی شود. انشاء که کرد این ایجادش یک منشأ بالذات دارد همانی که وجود پیدا کرده است. چه چیزی فاصله می افتد؟ ملکیت اعتباری. و آن اصلا ربطی به این ندارد به این معنا که آن ملکیت اصلا کار این منشئ نیست، بلکه کار عقلاء و کار شارع است.

عقلاء یا شارع می توانند این اعتباری را که موضوعش انشاء متعاقبین است در ظرف تحقق یک تقدیر بیاورند. می خواهیم بگوئیم اگر مرحوم سید فرق بین انشاء و ملکیت اعتباری که عقلاء و شارع می آورند را درست تصویر کرده بودند نیازی به این حرفها نبود که بگوید اگر انشاء حالا باشد و منشأ بعد ما هم نقض داریم برای آن و هم حل داریم لذا اشکالی ندارد.

می توانست بگوید انشاء که کردیم یک کار ایجاد است و منشأش با خودش هست، چیزی که فاصله می افتد کار دیگری است به نام اعتبار عقلاء یا شارع که موضوع این اعتبار این انشاء است که هم می تواند مطلق انشاء موضوعش باشد همانطور که می تواند موضوعش این انشاء به همراه مجیء زید باشد. اگر این را می گفت این مسئله حل بود و مشکلی نداشت.

پس به نظر می آید محقق اصفهانی که با آن دقت فرمودند انشاء از منشأ جدا نمی شود و آن ملکیت اعتباری یا ملکیت شرعی در واقع امرٌ مباشری من المعتبرین که موضوعش انشاء است حرف دقیقی است. اگر مرحوم سید نیز همان مسیر را رفته بودند هیچکدام از این حرفها لازم نبود، و به راحتی با یک کلمه، جواب این دعوا داده می شد که اصلاً انشاء از منشأش جدا نشده، بلکه آنچه جدا شده اعتبار عقلاء و اعتبار شارع بوده است. چون این دقت را نکرده اند در این مخمضه افتاده اند، و با این بیانات هم هیچ چیزی حل نمی شود.

جواب از تشبیه مقام به بحث اراده توسط مرحوم سید

اما درباره اراده، اتفاقاً در اراده همین بحث وجود دارد. آنجا هم ما منکریم. آنهایی که واجب معلق را منکرند اتفاقاً همین را می گویند. مرحوم ملا علی نهانندی صاحب تشریح الاصول که واجب معلق را منکر است اصلاً استدلالش همین است. (اینکه مرحوم صاحب کفایه اشاره کرده و بعضی ها به دیگری برگردانده اند، نه، این حرف صاحب تشریح الاصول است). که آنجا مرحوم آخوند فرموده واضح است که ما می توانیم اراده کنیم امر متأخر را کما اینکه می توانیم اراده کنیم امر حاصل و حالا را، مرحوم صاحب تشریح الاصول حرفش این است که می گوید اراده تکوینی از مراد تکوینی قابل انفکاک نیست، فکذلک اراده تشریعی.

تفکیک اراده تام از مراد ممکن نیست

و درست هم می گوید. ما که منکر واجب معلق هستیم مثل مرحوم صاحب تشریح الاصول، حرفمان این است که اراده ای که محل بحث است اراده ای است که تام باشد. در تکوین اراده تام است. ما نمی توانیم بگوئیم اراده تام هست و مرادش نیست. وقتی اراده تام هست یعنی آن هجمه نفس صورت گرفته پس حرکتی که فعل است و بدن حرکت می کند هست.

فقط یک نقض کوچکی دارد که در مورد عالم معنا ندارد. بله ممکن است کسی بگوئیم شلل دارد و غافل است به شللش، آنوقت غفلت کرده یا نسیان کرده آنوقت هجمه نفس را داشته باشد. یعنی همان چیزی که در اراده های تامی که در سالم هست وجود پیدا کند ولی حرکت دست حاصل نشود. این حالا ممکن است باشد، ولی در آدم غیر غافل این حرف معنا ندارد. یعنی اگر من شلل داشته باشم اراده ام محقق نمی شود، چرا؟ چون می دانم که دستم حرکت نمی کند. پس اینکه اراده کنم حرکت دست را معنا ندارد. یعنی فقدان قدرت موجب خلل در تحقق اراده تکوینی می شود. در تشریعی هم همینطور است. وقتی من می دانم اگر در زمان آتی فعلی نباشد الان نمی تواند مکلف انجام بدهد، معنا ندارد به مکلف

بگویم الان از تو می خواهم کار پس فردا را. این حرف معنا ندارد. چرا؟ چون الان می خواهم از تو (به معنای خواست تام که یعنی فرد، موظف و مکلف است انجامش بدهد) وقتی نمی تواند انجام بدهد چطور خواست تام دارم.

کسانی که واجب معلق را منکرند همین حرف را می زنند. شما آمدید همان حرفی را که آنها قبول ندارند به عنوان نقض می آورید و تنظیر می کنید، نظیر تعلق الارادة بالامر الآتی. بعدم می فرمائید کما هو واضح، ولی هیچ هم واضح نیست. شما اصلاً اراده به امر آتی نمی توانید داشته باشید تا بگوئید کما هو واضح. شما تنظیر به چیزی می کنید که خودش واقع نیست.

انکار واجب معلق بخاطر خصائص خود آن بحث است و به مقام پیوند نمی خورد

منتهی بحث فعلی ما نیازی به این بحث نداشت. لذا من می گویم اصلاً پیوند دادن بحث ما به بحث واجب معلق درست نیست. در بحث واجب معلق یک خصائصی در بحث اراده و اینها وجود دارد که مانع است. بحث ما ملکیت وضعیه است. این ملکیت که یک حکم وضعی است که اعتباراً مباشرتاً من العقلاء باید موضوعش را تحدید کنیم. خود انشاء است یا انشاء مع مجيء زید است، مشکل حل می شود.

بله! حالا ما بعد از اینکه فرمایش مرحوم امام را صحبت کردیم و تمام کردیم، وقتی می خواهیم بیان مختار خودمان کنیم آنوقت یک توضیحی می دهیم که فرمایش مرحوم اصفهانی هم اصلاحی می خواهد.

انشاء الله تا جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۶۲
- خلاصه گذشته ۶۶۲
- مراد از تعلیق در انشاء ۶۶۳
- بررسی فرمایش مرحوم نائینی و امام ره ۶۶۳
- عدم جواز تعلیق در انشاء از دیدگاه مرحوم نائینی ۶۶۳
- کلمات حضرت امام ره و عدم اشکال در تعلیق در انشاء ۶۶۶
- ادله بطلان تعلیق و رد آنها توسط حضرت امام ۶۶۷
- اشکالات حضرت امام به کلام مرحوم نائینی ۶۶۸
- اشکال به فرمایش حضرت امام قده ۶۶۹
- ظاهرا اختلاف حضرت امام با دیگران اختلاف اصطلاحی است ۶۷۱

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

بحث ما در اشتراط وقف به تنجیز و مبطلیت تعلیق بود. رسیدیم به این بحث که تنجیز، شرط تمام معاملات است. همانطور که مرحوم شیخ و دیگران فرموده اند عمده دلیل بر اشتراط، اجماع است. رسیدیم به دلیل دیگری که مرحوم شیخ آن را جزء ادله ضعیف برای اشتراط شمرده است. و آن عبارت است از اینکه عده ای فرموده اند انشاء لا یقبل التعلیق. بنابر این وقف یا بیع یا صلح مشروط به تنجیز است.

نکته مهمی که ما در اول بحث هم به آن اشاره کردیم این است که آیا واقعا از این استحاله هایی که بیان کرده اند و تقریبهای متعددی هم برای آن ذکر کردیم چه چیزی استفاده می شود؟ به نظر می رسد در این جهت مشکلی وجود دارد.

مراد از تعلیق در انشاء

ما فارغ از این مشکل وارد اصل بحث شدیم که اصلاً تعلیق در انشاء یعنی چه؟ آیا در مواردی که به عنوان تعلیق انشاء برشمرده اند در واقع خود انشاء تعلیق می شود؟ یا اینکه منشأ تعلیق می شود؟ یا اصلاً آن حقیقت اعتباری تعلیق می شود خواه بیع باشد یا صلح یا وقف یا نکاح و یا طلاق یا هر عقد یا ایقاع دیگری.

نظر مرحوم شیخ انصاری بحث شد و فرمایش محقق اصفهانی به تفصیل دیده شد. احتمالات مختلف کلام مرحوم شیخ هم بررسی شد، نقدهایی را که هم مرحوم اصفهانی و هم مرحوم سید اعلی الله مقامهما بر نظر مرحوم شیخ مطرح کرده بودند بررسی کردیم که به نظر ما برخی از آنها قابل دفع بود.

بررسی فرمایش مرحوم نائینی و امام ره

حالا رسیدیم به فرمایش محقق نائینی و حضرت امام قدس الله اسرارهما.

حضرت امام در بحث کتاب البیع در باب انشاء و منشأ و کیفیت تعلیق مباحث عجیبی مطرح کرده اند. البته من فکر می کنم خیلی مناسب با بحثهای دیگرشان نیست، یک تشویش و اضطرابی در بحث ایشان وجود دارد که در میان مباحث معلوم می شود.

منتهی قبل از اینکه به فرمایش امام ره برسیم، فرمایش مرحوم نائینی را عرض می کنیم. ایشان مطلب مهمی ندارد، ولی چون حضرت امام به فرمایش ایشان نظر داشته اند و مطالب ایشان را رد کرده اند لازم است برای ایجاد بستر برای طرح مطالب حضرت امام فرمایش محقق نائینی را روشن کنیم.

عدم جواز تعلیق در انشاء از دیدگاه مرحوم نائینی

مرحوم نائینی می فرماید: انشاء از سنخ ایجاد معنا به لفظ است. به نظر ایشان ایجاد چه تکوینی باشد و چه اعتباری، نمی شود معلق بر چیزی باشد. شما در ایجاد تکوینی مثل ضرب وقتی می زنید نمی توانید بگوئید این زدن من معلق بر چیزی است. این حرف معنا ندارد، چون شما یا می زنید یا نمی زنید.

البته همانطور که ما قبلاً عرض کردیم این اموری که ما می گوئیم امرش یدور بین الوجود والعدم، به علل و اسبابی منوط است، که نسبت به آن علل و اسباب خودش اناطه دارد. ولی نسبت به شرط وابسته نیست لذا ضرب زید نمی تواند

به مجيء حسن وابسته باشد. ضرب زید یک عملی تکوینی است که ما انجام می دهیم و نمی توانیم بگوئیم معلق به مجيء حسن است.

پس اگر ضرب من به مجيء حسن معلق است به معنای اینکه یکی از علل زدن من و از امور تاثیرگذار در داعی من است پس الان من نمی زنم. لذا امر زدن من یدور بین الوجود و العدم. و اگر مجيء حسن به هیچ وجه در داعویت من تاثیر ندارد، ضرب باید محقق شود و باز تعلیق آن معنا ندارد.

مرحوم نائینی می فرماید در ایجاد تکوینی این است، در ایجاد اعتباری هم همین است. شما اگر می خواهید بیع را ایجاد کنید، اینکه بیع را معلق کنید به این معنا که انشاء بیع را معلق می کنید، معنا ندارد. انشاء ایجاد معنا باللفظ است.

ایشان می فرماید: «كما لا يمكن أن يعلق وقوع الضرب على أحد على كونه عدوا»، اگر کسی را می زند نمی تواند معلق کند بر اینکه بگوید اگر این دشمن است من او را زدم. یا زدن محقق می شود یا نمی شود. «فكذلك يستحيل أن يكون انشائه شيئا وإخباره به معلقا على شيء». نمی شود انشاء یک مطلبی یا اخبار از آن معلق باشد بر چیزی. «فإنَّ ایجاد المعنى المقصود باللفظ» ایجاد معنای مقصود یا اصلا حاصل نمی شود یا مطلقا حاصل می شود. اینکه معلق بر چیزی حاصل شود معنا ندارد. بلکه ایشان می فرماید «فوقوع الایجاد معلقا مرجعه الى التناقض»^۱ مرجعش به تناقض است. چرا؟ برای اینکه معلق بودن معنایش این است که این انشاء حاصل نشود، از آن طرف شما دارید ایجاد می کنید الان. پس این مرجعش به تناقض است.

دوستان دقت کنند چون بعدا در ایرادهای مرحوم امام می آید، گویی می خواهند به مرحوم نائینی نسبت دهند که ایشان انشاء را فقط تلفظ به لفظ گرفته است. در صورتی که این چنین نیست. وقتی شخصی می گوید: «بعتک هذا بذاک علی تقدیر مجيء زید» تلفظ به لفظ کرده، قصد معنا هم کرده، حتی تسبیب برای ملکیت نیز انجام داده منتهی علی تقدیر خاص. پس ما نمی توانیم بگوئیم فقط تلفظ به لفظ کرده است. اینکه مرحوم نائینی می گوید مرجعه الى التناقض برای این است که وقتی دارد انشاء واقع می شود، یعنی تلفظ به لفظ، قصد معنا و تسبیب برای ملکیت عقلانی یا شرعی همه حاصل می شود، از طرف دیگر شما می گوئید معلق است، و اگر معلق است پس نباید انشاء حاصل شود.

۱ منية الطالب في حاشية المكاسب؛ ج ۱، ص: ۱۱۲

در اخبار هم به همین صورت است. محقق نائینی می فرماید منوط بودن «مخبر به» اشکالی ندارد. اینکه بگوئیم «أعطیک إن أعطیتنی» یعنی من به تو چیزی اعطاء می کنم اگر تو چیزی به من بدهی؛ اشکالی ندارد و مصداق تعلیق در منشأ است، چون «اعطیک» یک خبر است و متکلم با آن اخبار می کند. اما خود اخبار نمی شود معلق باشد، برای اینکه اگر اخبار معلق باشد یعنی در فرض عدم حصول تعلیق، خود اخبار حاصل نشود در حالی که شما الان با این جمله خبر را می دهید. پس هم خبر دادید و هم ندادید و این تناقض است و ممکن نیست.

پس حرف ایشان این است که اخبار و انشاء قابل تعلیق نیست.

تفاوت حرف محقق نائینی با مستدلی که او نیز می گفت انشاء تعلیق بردار نیست در این است که به نظر ایشان از اینکه امر انشاء یدور بین الوجود و العدم چون از سنخ ایجاد است، کشف می کنیم که اصلاً دعوا سر محال بودن این انشاء نیست بلکه بر سر تعلیق منشأ است. یعنی پرسش این است که آیا بیع تعلیق می شود یا نه، نه اینکه انشاء بیع تعلیق می شود یا نه. آیا ملکیت بیعی تعلیق می شود یا نمی شود. آیا صلح تعلیق می شود یا نمی شود. نه انشائش، بلکه صلح بالحمل الشایع، یا بفرمایید آن ملکیت صلحی.

ایشان منشأ را با انشاء متحد نمی گیرد بلکه منشأ را همان ملکیت یا آن بیع می داند و می فرماید بحث راجع به آن منشأ یعنی بیع علی تقدیر است.

حضرت امام قدس سره بعداً همین را مورد بحث قرار می دهد لذا بفهمیم مرحوم نائینی چه می گوید. ایشان می فرماید به قرینه اینکه انشاء و اخبار تعلیق خودش مستحیل است، بنابراین اصلاً بحث راجع به این نیست. بحث راجع به منشأ و تعلیق آن است. یک عده قائلند تعلیق منشأ اشکال ندارد و عده ای دیگر آن را دارای اشکال می دانند. و در آنجا می فرماید ما هیچ دلیل عقلی یا نقلی بر بطلان نداریم الا اجماع.

این فرمایش ایشان است. می فرمایند:

«و هكذا فرق بین أن يكون المنشأ معلقاً بأن ينشأ البيع على تقدير كون اليوم يوم الجمعة و أن يكون أصل انشاء البيع معلقاً، (بعد می فرمایند:) فإنه لو كان كذلك (یعنی اصل انشائش معلق باشد) لاستحال الانشاء، (مستحیل است انشاء واقع

شود). فما هو محل الكلام التعليق في المنشأ (نه آن چیزی که مستحیل است)، وصحته لا يخفى على احد. «بعد می فرماید اینکه تعلیق در منشأ باشد که صحتش بلاشبهة و لاریب است).

بعد ایشان می فرماید: در احکام که عمده احکام منشأ منوط است الا شد و ندر، چون ایشان می گوید احکام علی سبیل قضایای حقیقه است و وجود قضایای حقیقه مشروط است به وجود موضوع. پس همه احکام شرعی به نحوی مشروط هستند به وجود، پس یعنی اناطه در آنها هست. در عقود و ایقاعات هم ایشان می فرماید خیلی وقتها اینطور است، مثل وصیت و مثل تدبیر اگر کسی عبدش را بعد از حیاتش آزاد کند در حالی که مالک زنده است این مضمون را انشاء می کند در حالی که ممکن است فوت او سال دیگر یا پنج سال دیگر باشد. پس الان که دارد این امر را انشاء می کند. انشاء معلق نیست، منشأش که حر بودن این عبد است، معلق و مقدر است بر بعد از حیات این عتق کننده. همچنین است وصیت و نذر و امثال آن که مرحوم شیخ انصاری ره بعضی از اینها را ذکر کرده اند.

این ماحصل حرف ایشان است. مطلب جدیدی در آن نیست، الا اینکه می گویند به قرینه اینکه در انشاء استحاله تقدیر و تعلیق و اناطه هست پس نزاع در منشأ است.

کلمات حضرت امام ره و عدم اشکال در تعلیق در انشاء

حالا حضرت امام رحمه الله علیه اینجا بحثهای متعددی دارند.

اولا ایشان در بحث بیع در همین تنجیز بحثشان را از واجب مشروط و ادله امتناع آن شروع کرده اند.

و این شیوه بحث قدری عجیب است. البته ما دیدیم در بحثهای گذشته که مرحوم اصفهانی و مرحوم سید صاحب عروه چطور بحث اینجا را که بحث تعلیق و اناطه امور اعتباری مثل بیع و ملکیت بود به بحث واجب مشروط پیوند دادند و مرحوم اصفهانی یک جور بر علیه شیخ استدلال کرد، مرحوم سید که قاطعانه گفت حرف این جای شما با آنجا سازگار نیست. و ما از اینها جواب دادیم.

ادله بطلان تعلیق و رد آنها توسط حضرت امام

طرح بحث مرحوم امام از این هم عجیب تر است که از همان اول از واجب مشروط شروع کرده اند. فرموده اند: «و مما نقل اعتباره عن جمع التنجیز، قالوا فالتعلیق فی العقود و ما بحکمه موجب للبطلان و ما یمکن أن یتثبت به فی وجه الاعتبار ما قیل فی امتناع الواجب المشروط بحیث یرجع الشرط الی الهیئة»^۱.

ایشان سه دلیل آورده اند که دو دلیلش به صورت قطعی مربوط به ادله امتناع واجب مشروط است. در حالی که ما در دو جلسه گذشته بحث کردیم که نباید به صورت مستقیم بحث واجب مشروط را به اینجا پیوند بزنیم. چون آنچه در واجب مشروط گفته اند یا مربوط به هیئت اوامر و نواهی است که تقیدش ممکن است یا نه، یا مربوط به دلیل لبی مرحوم شیخ است که مرتبط با اراده است. در حالی که در تملیک و مانند آن کاری به اراده نداریم. ما که نمی خواهیم اراده را تضییق بزنیم. چون آنجا وجوب انعکاس اراده تشریعی است. اما اینجا که ملکیت انعکاس اراده نیست.

مگر با آن بحثی که ما انجام دادیم که روی مسلک کسانی مانند مرحوم شیخ که ملکیت را انتزاعی از احکام تکلیفی می دانند می توانیم بگوئیم آنچه که در احکام تکلیفی در واجب مشروط یک مسئله مطروحه است در احکام انتزاعی از آنها مانند ملکیت نیز منعکس می شود. وگرنه کسانی مانند مرحوم امام و اکثر محققین بعدی که احکام وضعی را مستقل از احکام تکلیفی می دانند به چه وجهی می خواهند تعلیق در تملیک را پیوند بزنند به بحث واجب مشروط. واقعا در وهله اولی روشن نیست.

خصوصا اگر بگوئید «ملکتک هذا بذاک»، ظاهرش این است که اینجا تملیک توسط ماده است نه تملیک توسط هیئت. آنجا وجوب از هیئت فهمیده می شود. اینجا هم در «ملکتک هذا بذاک» هیئت داریم؛ هیئت جمله و هیئت اضافه «ت» به فعل در «ملکتک»، اینها همه اش هیئت است. هیئت داریم و مفاد هم دارد، اما خود ملکیت ماده است. «ملک» در این جمله که مفاد هیئت نیست. بله اینکه من تملیک می کنم از نسبت ملک به «ت» استفاده می شود. اینکه من تملیک می کنم هذا را بذاک، این هم از هیئت جمله فعلیه و اضافه اش به مفعولهایش حاصل می شود. این هیئات البته دلالت دارند، اما ماده ملکیت، ظاهرا ماده ملکیت است هیئت نیست.

۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۴۷

مقصود این است که دریابیم چرا مرحوم امام با عنوان «ما يمكن أن يتثبت به» بحث واجب مشروط را مطرح کرده اند. به نظر ایشان این دو مطلب به هم مربوط است ولی ندیدیم کسی ابتداء بحث تنجیز مقابل تعلیق را مستقیماً به واجب مشروط مرتبط سازد و بفرماید همان اشکالاتی که آنجا گفتیم در اینجا نیز وارد است.

اشکال سومی که اینجا فرموده اند همان بیان مرحوم نائینی است. که انشاء و ایجاد اعتباری مثل ایجاد تکوینی است. همانطور که ایجاد تکوینی قابل تعلیق نیست، ایجاد اعتباری هم قابل تعلیق نیست.

اشکالات حضرت امام به کلام مرحوم نائینی

ایشان تقریباً عبارتهای مرحوم نائینی را نقل می کنند، از جمله اینکه منتهی به تناقض می شود، «فکلام القوم و محط النزاع التعلیق فی المنشأ لا الانشاء»، که کلام آقای نائینی بود.

بعد ایشان می فرماید ما در واجب مشروط این شبهات را جواب دادیم. هم گفتیم هیئت قابل تقیید و تعلیق است، و هم گفتیم جزئیات قابل تعلیق و اناطه هستند. منتهی ایشان پس از این نسبت به وجه ثالث که فرمایش محقق نائینی است می فرماید: «(محقق نائینی) زعم أن النزاع فی تعلیق المنشأ لا الانشاء».

بعد اشکال می کند به ایشان که: انشاء ایجاد اعتباری است، و چه کسی گفته است که ما می توانیم قیاس کنیم ایجاد اعتباری را به ایجاد تکوینی؟ در ایجاد تکوینی تعلیق معنا ندارد بلکه امره یدور بین الوجود والعدم. اما در انشاء که ایجاد اعتباری است تعلیق پذیر است.

«ففيه أن قیاس الایجاد الاعتباری بالتکوینی مع الفارق و لا یلزم من امتناع التعلیق فی التکوین امتناعه فی التشريع و عالم الاعتبار. فإذا قال إن جاءک زید فاضربه یكون القید قید الهيئة لا المادة (قید هیئت فاضربه است که از آن وجوب فهمیده می شود) والبعث الاعتباری معلق علی مجیه. فما لم یجیء لا بعث بالضرورة، و فی ظرف تحقق المجیء یتحقق البعث الاعتباری، و بالجملة قبل حصول المعلق علیه لا ایجاب و لا وجوب و إنما یتحققان بعد تحققه».^۱ بعد هم رفته اند سراغ بحث انشاء.

۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص: ۳۲۸

اشکال به فرمایش حضرت امام قده

ما واقعاً نمی فهمیم اینکه ایشان می فرمایند در «إن جاءك زيد فاضربه» قید به هیئت برمیگردد نه به ماده، مگر محقق نائینی با این مخالف است؟

محقق نائینی نیز در اصولش همین را می فرماید که قید به هیئت برمی گردد. ایشان حرف مرحوم شیخ را قبول نکرده است، ایشان قبول دارد که به هیئت برمی گردد. البته ایشان یک حرفی دارد می گوید به ماده منتسبه برمی گردد. ماده منتسبه از حیث اشکال با هیئت فرقی نمی کند.

نسبت به اینکه «و البعث الاعتباری معلق علی مجیئه» نیز محقق نائینی منکر نیست که وجوب بالاخره معلق می شود. محقق نائینی مثل مرحوم شیخ فکر نمی کند که بگوید قیود به واجب برمی گردد. آقای نائینی هم می گوید وجوب معلق می شود. این را قبول دارد. و این را هم محقق نائینی منکر نیست که «فما لم یجیء لا بعث بالضرورة» که تا قید نیاید بعثی نیست، اما بحث این است که الان ربطش به ملکیت چیست.

مرحوم امام برای اینکه این مسئله را در بحث ما تمام کنند ادعا می کنند که انشاء غیر از لفظ و تلفظ به لفظ است. انشاء غیر از اعتبار است، و این اعتبار می شود معلق باشد. بنابراین اینکه گفته اند انشاء نمی شود بر تقدیری معلق باشد درست نیست. چون اعتبارات مانند بعث اعتباری یا ملک اعتباری می شود معلق باشند.

«و الانشاء غیر التلفظ بالالفاظ الموقعة له و التلفظ من التكوين و لا یعقل تعلیقه، بخلاف الانشاء والایقاع الذی هو امر اعتباری نظیر الايجاب والتلفظ بلفظ دال علیه ولعل القائل رحمه الله تعالى خلط بینهما (بین انشاء و ایقاع اعتباری و بین تلفظ به لفظ) فوق فیما وقع» ولی حق مطلب این است که این حرف درست نیست.

انشاء را بعید می دانم کسی گفته باشد تلفظ بالالفاظ است تا امام ره بفرمایند انشاء غیر از تلفظ به الفاظ است. خب واضح است که انشاء غیر از تلفظ به الفاظ است، یعنی انشاء صرف تلفظ به الفاظ نیست. اما آیا انشاء صرف اعتبار است؟ این هم درست نیست. ولذا اگر کسی در خانه اش بنشیند اعتبار کند و این را انشاء نکند نمی گویند بیع کرده و عقلاء هم صرف این اعتبار را موضوع اعتباراتشان قرار نمی دهند. صرف اعتباری که شخص می کند بدون مبرز و بدون انشاء کردن و تلفظ به الفاظ یا فعلی که جانشین لفظ باشد مثل معاطات موضوع نیست. باید یک انشائی وجود داشته باشد. کسی نگفته صرف تلفظ به الفاظ، انشاء است. اما اگر تلفظ به لفظ کردیم و استعمال در معنا هم کردیم و قصد معنا هم کردیم و قصد تسبیب برای ملکیت و بیع و اینها هم کردیم آیا انشاء محقق نشده است.

آیا انشاء غیر از این است؟ به تعبیر آخر انشاء صرف تلفظ به لفظ نیست، اما صرف اعتبار هم نیست. انشاء مرکب از همه اینهاست. یعنی تلفظ به لفظ و آن را حاکی و مورد استعمال در معنا قرار دادن و در عین حال قصد سبب قرار دادن این برای یک امر عقلانی مانند ملکیت، وقف یا صلح؛ مجموع اینها انشاء است. یعنی قصد ماوراء حتی معنا هم باید داشته باشد تا بگوئیم انشاء کرد بیع را. این حرفی است که فقهاء قائلند و کسی هم نگفته انشاء تلفظ به لفظ است.

حال حضرت امام بفرمایند غیر از این چه می خواهند بفرمایند؟ یعنی غیر از این مجموعه که به آن می گوئیم انشاء بفرمایند چی هست. اگر می گویند آن اعتبار بیعی انشاء است، خب یک مطلب خلاف اصطلاح است. محقق نائینی و دیگران بحثشان در این است، آنچه موجب و قابل انجام می دهند اعم از تلفظ به لفظ و استعمال در معنا و قصد تسبیب به این کار می گویند انشاء، شما بفرمایید این تعلیق بردار است یا نه؟ می فرمایند انشاء تعلیق می شود چون امر اعتباری است و اعتبار تعلیق می شود.

به نظر می رسد حضرت امام در مقابل محقق نائینی و دیگران صرفاً از یک اصطلاح استفاده ای ناصواب می فرمایند. ما الفاظ و اصطلاحات را بگذاریم کنار، این اصطلاحی که ایشان به کار می برند اصطلاح شایعی نیست. لکن نمی خواهیم ایشان را برای به کار بردن خلاف اصطلاح مؤاخذه کنیم بلکه می خواهیم به حقیقتش مؤاخذه کنیم.

شما در مقابل آنهایی که گفته اند انشاء تعلیق نمی پذیرد بفرمایید مقصود آنها چه بود که می گوئید تعلیق واقع می شود. مقصود آنها این بود که تلفظ به لفظ و القاء معنا و حکایت از معنا و قصد معنا و قصد آن تسبیب برای آن واقعیتی که اسمش بیع یا وقف و یا صلح است تعلیق نمی شود.

شما بفرمائید تعلیق می شود یا خیر؟

امر آنچه آنها انشاء می دانند نیز دائر بین وجود و عدم است، لذا حتماً تعلیق نمی شود مگر به علل تکوینی خودش مثل قصدها و امثال این، نه به مجیء زید.

پس استحاله تعلیق در انشاء روشن شد.

دیدم بعضی از دوستان و اصدقاء ما فرمایش امام را درست پذیرفته اند که انشاء تعلیق بردار است چون امر اعتباری است و غیر از تلفظ به لفظ است. و این خیلی عجیب است. مگر کسی می گفت انشاء تلفظ به لفظ است؟ چه کسی گفته؟ یک نفر را پیدا کنند که بگویند انشاء تلفظ به لفظ است.

و ایشان میفرماید لعل القائل که محقق نائینی است این را خلط کرده است. و این خیلی نسبت عجیبی است. آقای نائینی آدم با این عظمت انشاء را تلفظ به لفظ بدانند؟! مگر چنین چیزی ممکن است؟ یعنی می توانیم نسبت دهیم به محقق نائینی که کسی را که در خواب است و هیچ قصدی هم ندارد هینطور یک لفظی را می گوید که بعثتک هذا بذاک این می شود انشاء؟ کی همچنین حرفی می زنند. انشاء آن است که تلفظ به لفظ باشد، قصد معنا هم باشد، استعمال معنا هم در آن باشد، قصد آن امر وراء که بیع و مانند آن است نیز باشد. این انشاء است. بفرمایید این تعلیق بردار است یا نه؟

به نظر ما نمی شود و فقهاء نیز می گویند نمی شود. چون امرش دائر بین وجود و عدم است. این تلفظ به لفظ و قصد معنا امرش دائر بین وجود و عدم است. به مجیء زید کاری ندارد.

بله به یک معنا درست است، معلق به قصود در نفس کسی که انشاء می کند. همانطور که معلق است به تارهای صوتی من که بتواند حرکت کند، اما این ربطی به مجیء زید ندارد. آنهایی که می گویند تعلیق بردار نیست و لا یقبل التعلیق، یعنی لا یقبل التعلیق و الاناطه به این معنا که به مجیء زید منوط باشد. خب تار صوتی من حرکت کرد تصوت به صوت است. قصد کردم معنا را از باطن خودم، قصد کردم، چه ربطی به مجیء زید دارد؟

ظاهرا اختلاف حضرت امام با دیگران اختلاف اصطلاحی است

لذا عرض ما این است که حرف بزرگان درست است، انشاء واقعا قابل تعلیق نیست به این معنا نه تلفظ به لفظ. و امام ره هم غیر از این نمی تواند بگوید. حالا یکدفعه فرمودند که انشاء تلفظ به لفظ است ولی اعتبار است. خب اگر شما بگوئید انشاء اعتبار است یعنی اعتبار ملکیت است؟ خب اعتبار ملکیت که شما اصطلاح را عوض کردید. اعتبار ملکیت یا همان منشأی است که محقق نائینی می فرمایند یا آن امر تسبیبی که محقق اصفهانی فرموده است. اینهاست، خب شما اصطلاح را عوض می فرمایید با چه کسی دعوا می کنید؟ با اختلاف اصطلاح که نمی شود اشکال وارد کرد.

بقیه بحث هم انشاء الله فردا.

«والسلام علیکم ورحمة الله»

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۷۲
- خلاصه گذشته ۶۷۲
- اشکال حضرت امام به محقق نائینی: عدم مشابَهت انشاء تکوینی با اعتباری ۶۷۳
- ابتنای این اشکال بر خلط اصطلاح ۶۷۴
- تلفظ به تنهایی انشاء نیست ۶۷۴
- ادله حضرت امام بر عدم صحت فرمایش مرحوم نائینی ۶۷۵
- عدم امکان تعلیق در منشأ به خاطر عدم معقولیت تعلیق در معانی تصویری ۶۷۵
- توجیه کلام حضرت امام ۶۷۶
- آنچه تعلیق برمی دارد ثبوت و وجود است حتی در معانی تصدیقیه ۶۷۶
- خلط تقیید با تعلیق ۶۷۷
- با وجود این توجیه عقلی اما اشکال حضرت امام به مرحوم نائینی درست نیست ۶۷۸
- مرحوم نائینی هم منشأ را مفاهیم تصویری افرادی نمی دانند ۶۷۸
- اشکال دیگر امام به مرحوم نائینی ۶۷۹
- توضیح ارتباط «لهذا» در کلام امام ره با استشهد علیه محقق نائینی ۶۷۹
- رد این اشکال حضرت امام به مرحوم نائینی ۶۸۰

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

بحث در فرمایش حضرت امام در کتاب البیع در نقد کلام محقق نائینی بود. محقق نائینی در بحث اشتراط تنجیز در معاملات از جمله بیع در جواب کسی که دلیل اشتراط را عبارت از این می دانست که انشاء قابل تعلیق نیست، پاسخ دادند که بحث اشتراط معاملات به تنجیز و عدم جواز تعلیق اصلاً ربطی به بحث انشاء ندارد و مربوط به مقام انشاء نیست تا شما بخواهید از طریق عدم قابلیت انشاء برای تعلیق؛ تنجیز را اثبات کنید.

بحث در مقام منشأ است نه انشاء. به همین دلیل که انشاء قابلیت تعلیق ندارد. و امرش دائر بین وجود و عدم است.

شاید اساساً دلیل کسانی هم که گفته اند انشاء قابل برای تعلیق نیست همین باشد. و قرینه همین دلیل عقلی اصل نزاع در اینکه آیا تعلیق موجب بطلان معامله می شود یا اینکه تنجیز شرط در معاملات است مربوط به مقام منشأ یعنی تملیک و ملکیت است نه مقام انشاء.

ایشان بعد از این فرموده بودند انشاء ایجاد معنا به لفظ است. و همانطور که ایجاد تکوینی نمی تواند تعلیق داشته باشد و نمی توانیم بگوئیم «زید را می زنیم بر فرض و تقدیر اینکه دشمن ما باشد». چون ضرب یا واقع می شود و یا نمی شود و علی تقدیر ندارد؛ در ایجاد اعتباری در مقام انشاء نیز تعلیق ممکن نیست و این ایجاد یا هست و یا نیست.

اشکال حضرت امام به محقق نائینی: عدم مشابَهت انشاء تکوینی با اعتباری

مرحوم امام بحث اشتراط معاملات به تنجیز را از بحث واجب مشروط شروع کرده اند، و فرموده اند اشکالی که در اینجا وجود دارد در واقع همان اشکالی است که در بحث واجب مشروط هست.

«ما یمکن أن یتشبهت به فی وجه الاعتبار ما قیل فی امتناع الواجب المشروط بحیث یرجع الشرط الی الهیئة»^۱.

بعد وارد بحث واجب مشروط شدند که در واجب مشروط دو دلیل برای امتناع وجود دارد. بحث سومی را نیز مطرح کردند که ایجاد اعتباری مانند ایجاد تکوینی است، و همانطور که ایجاد تکوینی تعلیق بر نمی دارد ایجاد اعتباری هم تعلیق بر نمی دارد که این مطلب همان فرمایش محقق نائینی است که در جلسه گذشته عرض شد.

حضرت امام در مقام پاسخ نسبت به بحث واجب مشروط می فرمایند ما در جای خودش پاسخ داده ایم. نسبت به بحث فعلی نیز می فرمایند چه کسی تضمین داده است که ایجاد اعتباری که در انشاء صورت می گیرد مثل ایجاد تکوینی است و چون ایجاد تکوینی تعلیق برنمیدارد ایجاد اعتباری هم تعلیق بر نمی دارد.

بر خلاف نظر محقق نائینی ایجاد اعتباری تعلیق برمی دارد و مشروط می شود. در ادامه برای دفع دخل مقدر فرموده اند: انشاء غیر از تلفظ به لفظ است. انشاء تعلیق برمیدارد کما اینکه در واجب مشروط انشاء تعلیق برمی دارد و ایجاب و وجوب مشروط می شوند، در اینجا هم همینطور است.

^۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۴۷

ابتدای این اشکال بر خلط اصطلاح

جلسه گذشته عرض کردیم در اینجا اختلافات عجیبی در اصطلاح رخ داده است. ظاهراً حضرت امام انشاء را در معنای دیگری به کار می برند غیر از آن چیزی که مشهور بکار می بردند. مقصود مشهور از انشاء، ایجاد معنا است در وعاء مناسب با آن یا ایجاد در وعاء عقلاء و اعتبار یا ایجاد اعتباری که مرحوم اصفهانی می فرمود، اینهاست. و مرحوم آخوند و دیگران که بحث انشاء را کردند همینطور بحث کردند و انشاء را همین گرفتند. امام قده می فرماید آن تلفظ به لفظ انشاء نیست.

تلفظ به تنهائی انشاء نیست

دیروز عرض کردیم چه کسی گفته تلفظ به لفظ به تنهائی انشاء است؟ اینکه همه می گویند نیست. ولی به هر حال در انشاء مبرز می خواهیم؛ در انشاء لفظی تلفظ به لفظ می خواهیم و در معاطات فعل به جای لفظ می نشیند. پس اینکه می گوئیم انشاء تلفظ به لفظ نیست، درست است به این معنا که لفظ به تنهائی انشاء نیست، اما شما نمی توانید بگوئید انشاء خلو از لفظ است و فقط ایجاد اعتباری است. این حرف صحیح نیست و معنایش این است که اگر ما در خانه خودمان بنشینیم و برای شخص دیگری اعتبار ملکیت کنیم، این عقد باشد، این انشاء باشد، در حالی که مسلماً انشاء نیست. ایشان در ادامه می فرماید در واجب مشروط ما اگر بگوئیم «إن جاءک زید فاضربه یکون القید قید الهیئة لا المادة و البعث الاعتباری معلق علی مجیئه».

در آنجا کسی در این بحث ندارد که بعث اعتباری یعنی ایجاب و وجوب، معلق شده است، بحثی که در اینجا وجود دارد این است که آیا انشاء معلق می شود یا نه. در آنجا یعنی در واجب مشروط هم انشاء معلق نیست، در آنجا تعلیق انشاء به این معنا که اگر قید نبود انشاء نباشد صحیح نیست. در اینجا هم همینطور است. اینکه مرحوم امام می فرماید که انشاء معلق است و قبل از آمدن قید انشاء نیست. می گوئیم پس چی هست؟ می گویند تلفظ به لفظ.

اما آیا فقط تلفظ به لفظ است؟! ما در «ملکتک هذا بذاک إن کان هذا الیوم جمعة» آیا فقط تلفظ به لفظ می کنیم و دیگر قصد معنا و قصد تسبیب نداریم؟

این مطالب درست نیست و ما هم قصد معنا می کنیم و هم استعمال لفظ در معنا و هم قصد تسبیب، همه اینها در همان وقت تلفظ به لفظ حاصل است. در این صورت در اینجا یک بحث معنایی و واقعی وجود دارد.

انشاء، تلفظ به لفظ به همراه استعمال آن در معنا و قصد تسبیب است.

لذا نباید بحث لفظی کنیم. اگر کسی تلفظ به لفظ کند، و لفظ را در معنا نیز استعمال کند و قصد تسبیب هم داشته باشد باز شما می گوید این انشاء نیست. پس انشاء چه چیزی است؟

غیر از این آنچه وجود دارد اعتبار عقلاء است و اعتبار شارع روی این مسئله، و غیر از این دو، چیز دیگری وجود ندارد.

ادله حضرت امام بر عدم صحت فرمایش مرحوم نائینی

ایشان بعد از طرح اینکه انشاء قابل اشتراط است - که جوابش داده شد - دو دلیل و یک قرینه بر عدم صحت فرمایش محقق نائینی ارائه می کنند.

محقق نائینی فرموده بودند که انشاء امرش یدور بین الوجود و العدم، که تقریباً همان دلیلی است که قائلین به اشتراط تنجیز از این طریق خواستند اشتراط معاملات به تنجیز را اثبات کنند. محقق نائینی در مقام اشکال به آنها فرمود عدم امکان تعلیق در انشاء که مسلم است، پس نزاع در اشتراط منشأ است و واقعا هم می شود منشأ معلق و مقید باشد. امام دو دلیل و یک قرینه می آورند بر اینکه معقول نیست منشأ معلق و منوط باشد. اناطه انشاء ممکن است ولی منشأ نمیتواند منوط باشد. عبارات ایشان مضطرب است، و حدس هم می زنم که کسانی که بحث را اصلاح کرده اند نتوانسته اند بحث را به خوبی جمع کنند.

عدم امکان تعلیق در منشأ به خاطر عدم معقولیت تعلیق در معانی تصویری.

اولین فرمایش ایشان در ظاهر مطلب مبهمی است. ما بیان دقیقی برای آن داریم و حدس هم می زنیم که منظور حضرت امام نیز همین باشد ولی در ادامه عباراتی دارند که با این تفسیر ما سازگاری ندارد.

ایشان می فرمایند: تعلیق در منشأ معنا ندارد چون معانی تصویری تعلیق و اناطه ندارد. «لا یعقل فیها التعلیق فلا معنی لتعلیق زید او تعلیق ببع الدار».

«زید» مفهوم تصویری است، «بیع الدار» مفهوم تصویری است، اینها را نمی شود تعلیق زد یا منوط کرد. «بل التعلیق لابد و أن یرجع الی المعانی التصدیقیة خبریة کانت أو انشائیة فتدبر»^۱.

توجیه کلام حضرت امام

ما تصور اولیه مان این بود که دلیل مرحوم امام بر اینکه معانی تصویری قابل تعلیق و اناطه نیست بلکه معانی تصدیقیه اعم از انشائی و خبری اند که تعلیق می پذیرند، این است که مفهوم، قابل اناطه و تعلیق نیست بلکه ثبوت و وجود قابل تعلیق است. آنوقت در معانی تصدیقیه قدری مسامحه کرده اند. منظورشان معنا بما هو معنا نیست چون معنای تصدیقی هم قابل تعلیق نیست. بلکه مقصود از معانی تصدیقیه یعنی آن ثبوت و وجود و تحقق که با معنای تصدیقی ایجاد می شود یا حکایت از آن می شود.

آنچه تعلیق برمی دارد ثبوت و وجود است حتی در معانی تصدیقیه

این را دوستان دقت کنند، جای بحث اینجا نیست. ما در بحث واجب مشروط این را به تفصیل بحث کردیم. در معانی تصدیقیه مثل اینکه بگوئیم «جاء زید»، یا «زید عالم»، شما یک لفظ دارید و یک معنا. یک مقام و عالم، مقام و عالم لفظ است، و یک مقام، مقام معنا است که معنا یعنی مفاد جمله عبارت است از آن نسبتی که بین موضوع و محمول هست، این معنا است.

محکی این معنا نیز عبارت است از آن واقع که ثبوت محمول برای موضوع است. شما با تصدیقتان به مفاد جمله خبری در واقع دارید تصدیق می کنید ثبوت محمول للموضوع را در خارج. اما این را با چه ابزاری انجام می دهید؟ با همین الفاظ و معانی ای که محکی الفاظ است و معانی ای که بعد حاکی از خارج قرار می گیرد. آن محکی خارجی عبارت است از ثبوت المحمول للموضوع، وجود المحمول للموضوع، اتحاد المحمول و الموضوع فی الوجود.

در قضیه حمل شایع شما وقتی می گوئید زید عالم دارید حکم می کنید به اتحاد موضوع و محمول در وجود خارجی. که آن وجود خارجی به تعبیر اهل دقت از فلاسفه و مناطقه مثل مرحوم آقای علی مدرس هم در رساله حملیه اش و هم

^۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۴۹

در وجود رابطی، می گوید این وجودی که «ما به الاتحاد» موضوع و محمول است در واقع ارتباط می دهد موضوع و محمول را و تصدیق به این می خورد. تصدیق به اینکه موضوع و محمول متحدند در این وجود تعلق می گیرد.

پس باید دقت کرد که آن چیزی که تعلیق برمی دارد وجود و ثبوت است. فرمایش امام ره لعل به این برگردد که معانی تصویری تعلیق بر نمی دارد. و این حرف حقی است. تعلیق مال وجود است. معنای تصویری یعنی انسان، انسان تعلیقش یعنی چه؟! بله تقیید می شود.

خلط تقیید با تعلیق

همانطور که قبلاً عرض شد از خطاهای شایع در بحث واجب مشروط و جاهای دیگر این است که تقیید را با تعلیق و اناطه خلط می کنند. مفاهیم کلی تقیید می شوند. ما می توانیم «انسان» را تقیید بزنیم به «عالم» و بگوئیم «انسان عالم»، و این باز می گردد به تخصیص و حصه کردن ذات انسان، یک حصه اش می شود «انسان عالم» و یک حصه اش «انسان غیر عالم». اما تعلیق و اناطه در عالم ماهیت یعنی چه؟ در صقع تقرر ماهوی انسان، اناطه انسان بما هو انسان یعنی چه؟! می توانید وجودش را در ذهن که تصور است منوط کنید، می توانید وجود خارجی اش را منوط کنید یعنی بگوئید وجود این، اناطه دارد. اما اینکه نفس تقرر ماهوی اناطه داشته باشد معنا ندارد. طبایع طبایع هستند، ذوات ذوات هستند، اناطه یعنی چه؟ پس اینکه امام می فرماید معانی تصویری لا یعلق فیها التعلیق. امام ره نفرمود تقیید ممکن نیست، راحت می توانستند بفرمایند تقیید ممکن نیست، اما معانی تصویری تقیید می شوند، مگر می شود ایشان بفرماید تقیید نمی شوند؟ حتماً تقیید می شوند. و تصریح هم می کنند که «فلا معنی لتعلیق زید أو تعلیق بیع الدار، بل التعلیق لابد و أن یرجع الی المعانی التصدیقیة».^۱ مقصود از معانی تصدیقیه یعنی آن ثبوت محمول للموضوع که محکی قضایا است در تصدیقیات. خبریه کانت أو انشائية. چون ما در انشاء گرچه إخبار نمی کنیم، تصدیق به معنای اینکه بخواهیم إخبار از خارج کنیم نیست. با انشاء ما خلق می کنیم. اما معنا تام است. لذا ما نمی توانیم زید را انشاء کنیم، بیع را انشاء کنیم یعنی کلی «البیع» را به معنای افرادی اش. اما «بعتک هذا بذاک» را می توانیم انشاء کنیم. با اینکه این خبر نیست ولی معنای تام است. یک جمله است دارای مفهوم تام، این مفهوم تام را ما انشاء می کنیم.

^۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۴۹

در این صورت اینکه ایشان می فرمایند تعلیق در اینجاست یعنی چه؟ یعنی این مفهوم تامی که انشاء می شود که نتیجه اش ثبوت الملكية لزید و لعمر و نسبت به مبیع و ثمن هست، این ثبوت و تحقق منوط می شود. البته عبارت باز هم مسامحی است ولی یک وجه دقیق عقلی به این معنا دارد.

با وجود این توجیه عقلی اما اشکال حضرت امام به مرحوم نائینی درست نیست

منتهی بحثی که وجود دارد این است که: این چه اشکالی به مرحوم نائینی است؟ مگر مرحوم نائینی به منشأ با مفاهیم افرادی اشاره کرده بود، مگر به مفاهیم تصویری اشاره کرده بود که شما می فرمائید مفهوم تصویری انشاء، تعلیق ندارد و تعلیق در معانی تصدیقیه است؟! منشأ اتفاقاً معنای تصدیقی است. منشأ تمام ملکاتک هذا بذاک است.

مرحوم نائینی هم منشأ را مفاهیم تصویری افرادی نمی دانند

و عجیب است در کل این بحث منشأ، ماده، انشاء، هیئت همه قاطی شده و یک چیز عجیبی از کار در آمده است. حالا بحثهای بعدی به آن می رسیم. منشأی که مرحوم نائینی می فرماید نه مفاهیم تصویری افرادی است، بلکه کل آنچه که انشاء می شود یعنی «ملکتک هذا بذاک» است. که در این «ملکتک هذا بذاک» هم ماده هست و هم هیئت. و ایشان نگفته است که ما تعلیق را در صقع معنایی ایجاد می کنیم. بلکه گفته منشأ. منشأ عبارت است از همان ملکیتی که حاصل می شود.

من نمی گویم این اصطلاح مناسب است. اگر بخواهیم تحفظ به اصطلاح کنیم و دقیق حرف بزنیم همانطور که محقق اصفهانی فرمود انشاء و منشأ متحد بالذات هستند. انشاء ایجاد است و منشأ هم وجود همین شیء است. منتهی معلوم باشد ما داریم چکار می کنیم، ما یک وقتی مؤاخذه می کنیم که جناب نائینی! اگر می خواستید خیلی دقیق صحبت کنید انشاء و منشأ متحد بالذات هستند، اما یک وقتی مقصودشان از منشأ معلوم است چیست. مقصودشان از منشأ همان تملیکی است که با عقد حاصل می شود. ظاهرشان این است. اشاره می کنند به آن تملیکی که با عقد حاصل می شود. که به نظر من ظاهر در این است که ایشان دارد همان ملکیت بالحمل الشایع را می گوید. همان چیزی که محقق اصفهانی مسبب از انشاء می دانست که عبارت است از اعتبار عقلائی ملکیت یا اعتبار شرعی ملکیت که مترتب شده است بر انشاء و انشاء حالت تسبیب برای آن دارد به این جهت که موضوع برای تحقق آن می شود. ظاهر فرمایش محقق نائینی این است که منظورشان همان است.

پس تا آنجا که در ذهن ما است در کلام محقق نائینی هیچ دالی بر اینکه مقصود از منشأ مقصود افرادی ملکیت یا بیع باشد وجود ندارد. حال حضرت امام باید بفرمایند چرا چنین چیزی تصور فرمودند تا بر اساس آن به محقق نائینی اشکال کنند که تعلیق در منشأ لا معنی لها. مگر منشأ مفهوم افرادی است؟! منشأ تمام آن چیزی است که انشاء می شود. شما در بحث واجب مشروط هم آن چیزی که انشاء می کنید کل مضمون است. حالا به آن می رسیم که ایشان تصورات دیگری از هیئت و ماده و اینها می کنند که می رسیم آن حرفها دقیق نیست.

این یک مسئله.

بعد ایشان فرمودند: حتی اگر این دلیل عقلی که محقق نائینی اقامه کرده است که عبارت بود از اینکه چون انشاء امر ایجاد است یدور بین الوجود والعدم، پس اصلاً بحث تعلیق در آن نمی آید، پس نزاع در اینکه آیا در انشاء تعلیق هست یا نه، مقصودشان منشأ است نه خود انشاء. یا اینکه اگر گفته اند در معاملات تعلیق درست نیست و تنجیز شرط است، مقصود از معامله مقام منشأ است نه مقام انشاء. به این دلیل که گفته اند.

اشکال دیگر امام به مرحوم نائینی

امام می فرماید حتی اگر دلیل عقلی تان درست باشد که شما می فرمایید انشاء تعلیق بردار نیست دلیل بر این نمی شود که نزاع در منشأ است.

مگر همه کسانی که در فقه این نزاع را طرح کرده اند که آیا در معاملات تنجیز شرط است یا نه، مانند شما استدلال کرده اند؟

ایشان در ادامه می فرمایند:

«فلعل القوم لم يتم عندهم هذا الدليل» شاید قوم اصلاً حرف شما را قبول نداشته باشند که انشاء تعلیق بر نمیدارد. «ولهذا أن المشهور على ما حكى رجوع القيود في الواجب المشروط الى الهيئة لا المادة».

توضیح ارتباط «لهذا» در کلام امام ره با استشهاد علیه محقق نائینی

خوب دقت کنید. این لهذا یعنی چه و ربطش به قبل چیست و امام ره می خواند به چه چیزی علیه محقق نائینی استشهاد کنند؟

ایشان می خواهند بفرمایند که مشهور علی ما حکمی در بحث واجب مشروط می گویند رجوع قید در واجب مشروط به هیئت می شود نه ماده. و گوئی امام رجوع به هیئت را رجوع به انشاء گرفته اند. خوب دقت کنید. رجوع به هیئت را رجوع به انشاء گرفته اند، و لذا می خواهند بگویند اینکه مشهور علی ما حکمی در واجب مشروط قائل هستند که قید به هیئت برمیگردد نه به ماده، پس اینها قائل هستند که قید به انشاء برمیگردد. پس نمی شود در بحث حالا قائل به آن امتناعی باشند که شما می گوئید و بگویند پس به منشأ برمیگردد.

دوستان دقت کنند، چون امام ره استدلال را اینجا تمام نکرده اند، من می خواهم با این بیان استدلال ایشان را تمام کنم. ایشان می فرماید؟ «ثم لو تم الدلیل العقلی الذی اقامه»، اگر دلیل عقلی ای که ایشان آورده درست هم باشد، فلا یدل ذلک علی تحریر محل النزاع، که محل نزاع در منشأ باشد چون در انشاء نیست. چرا؟ «فلعل القوم لم یتیم عندهم هذا الدلیل» محقق نائینی این استدلال را انجام داد و به این قرینه می گوید نزاع در منشأ است. در حالی که این استدلال درست نیست. شما می توانی بگوئی خود شما اگر صحبت کردی کلام شما را حمل می کنیم بر منشأ، نه اینکه کلام قوم را حمل کنیم بر منشأ. آنها اصلاً ممکن است حرف شما را نزنند. «و لهذا» ایشان دارد قرینه می آورد واستشهاد می کند به حرفی که در واجب مشروط زده اند بر حرفی که اینجا دارد خود ایشان می زند که فلعل... . خب چه استشهادی است؟ امام ظاهراً می فرمایند مشهور در واجب مشروط ارجاع قید را به هیئت می دانند نه ماده، و امام این را در واقع ارجاع به انشاء دیده اند. و لذا می خواهند بگویند که مشهور ارجاع قید و شرط به انشاء را درست می دانند، پس بنابراین در بحث ما اینها محال نمی دانند تا ما کلامشان را حمل کنیم بر منشأ. باید قائل باشیم که می خواهند بگویند به همان انشاء برمی گردد. پس محقق نائینی در استنباط اینکه قوم در نزاعشان کاری به انشاء نداشتند اشتباه کرده است.

رد این اشکال حضرت امام به مرحوم نائینی

عرض من این است که این حرف درست نیست. اگر این تفسیری که ما داریم از حرف حضرت امام ره می کنیم و ما هم متوجه نمی شویم که مقصود ایشان چیز دیگری باشد، اگر این باشد این حرف درست نیست. چرا؟ چون معنای رجوع قید به هیئت این نیست که رجوع به انشاء است، و این تصور امام ره در اینجا خیلی عجیب است. ما در باب اوامر و نواهی و همین طور در بحث بیع و مانند آن در مقام انشاء، تمام هیئت و ماده را انشاء می کنیم، نه اینکه فقط هیئت را انشاء می کنیم. دوستان دقت کنند! اگر ما گفتیم قید به هیئت برمی گردد به معنای این نیست که به انشاء برمی گردد، بلکه اگر به ماده هم برگردد به انشاء برگشته است. چون ما کل هیئت و ماده را انشاء می کنیم، مگر می شود هیئت را به تنهایی انشاء کرد؟ مگر می شود ماده تنهایی را انشاء کرد؟ ببینید، در باب اوامر «صل» یک هیئت امر دارد و یک ماده که صلاة است. ما در

اوامر چه چیزی را انشاء می کنیم؟ ما در اوامر مجموع مفاد هیئت و ماده را که عبارت است از وجوب الصلاة این را انشاء می کنیم، نه اینکه اگر ما گفتیم قید به هیئت برمی گردد پس به انشاء برمی گردد. هیأت و انشاء که یکی نیستند. خوب دقت کنید. ما یک عالم الفاظ داریم که در آن هیئت هست و ماده هر دو. ماده «صل» یعنی «صاد» و «لام»، و یک هیئت که بر این لفظ وارد شده است که آن هیئت امر است. یک معنا داریم که کل واحد از این ماده و هیئت دال بر آن است. مثلاً گفته می شود ماده صل که صاد و لام باشد دال بر آن عبادت خاص است، و هیئت صل که هیئت امر باشد دال بر نسبت بعثیه است یا هر چیزی. خب این لفظ و آن عالم معنا. انشاء هیچکدام از اینها نیست، یکی لفظ است و یکی معنا. انشاء ایجاد معنا باللفظ است. حالا یا آنی که مرحوم اصفهانی می فرماید یعنی ایجاد المعنی بالعرض بوجود اللفظ یا آنطوری که مرحوم آخوند و دیگران می فرمایند که نفس الامر است یا عده ای می گویند در وعاء عقلائی است. ولی بالاخره انشاء ایجاد این محتوا است. خود شما بالا فرمودید تعلیق به مفاهیم افرادی بر نمی گردد. پس تعلیق به ماده به معنای صرف بر نمی گردد. ایشان در اینجا انشاء را با هیئت یکی گرفته اند. ما عرض می کنیم انشاء با هیئت یکی نیست. و لذا مشهور که در باب واجب مشروط می گویند تعلیق و اناطه به هیئت برمیگردد، هیچ تلازم با این ندارد که به انشاء برگردد. لذا از اینکه مشهور در واجب مشروط می گویند تعلیق به هیئت برمی گردد ما نمی توانیم استفاده کنیم که پس مشهور تعلیق در انشاء را پذیرفته اند. نه، اینها با هم هیچ تلازمی ندارد. و لذا در اینجا آزادند که جور دیگری فکر کنند کما ذکرنا.

این یک بحث.

یک دلیل دیگری هم مرحوم امام می آورند برای اینکه رجوع قید به منشأ معنا ندارد. این را انشاء الله جلسه بعد بحث می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۸۲
- خلاصه گذشته ۶۸۲
- استدلال سوم حضرت امام در رد فرمایش محقق نائینی ۶۸۳
- بررسی استدلال سوم ۶۸۴
- وجود اجمال در تقریب استدلال سوم ۶۸۴
- عدم صحت مساوقت انشاء با تملیک ۶۸۷
- روشن نبودن دلیل حضرت امام بر عدم امکان تکثر مملوک به لحاظ زمان ۶۸۸
- نتیجه مقید بودن منشأ، مقید بودن مملوک یا ملکیت نیست ۶۸۹
- مراد از منشأ در کلام مرحوم نائینی ۶۹۰
- امکان وجود ملکیت علی تقدیر ۶۹۰
- خلط بین اناطه و قید در کلام حضرت امام ره ۶۹۱
- اشکال دیگری از حضرت امام به مرحوم نائینی و جواب از آن ۶۹۲

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

بحث ما در فرمایش حضرت امام قدس سره الشریف بود در نقد مطالب محقق نائینی رحمه الله علیه در اشتراط منشأ به شروط و اینکه تنجیزی که در میان فقها محل بحث است به نظر محقق نائینی مربوط به مقام منشأ است. چون امر انشاء دائر مدار وجود و عدم است لذا اشتراط انشاء به یک شیئی و معلق کردن آن به یک امر، معقول نیست.

محقق نائینی همین عدم معقولیت تعلیق در انشاء را قرینه ای لبی می داند بر اینکه مراد فقها از این بحث که آیا عقود مشروط به تنجیز اند و تعلیق موجب بطلان آنها است برمیگردد به پرسش از منشأ و اینکه آیا تعلیق منشأ جائز است یا خیر؟

محقق نائینی این بحث را در جواب مستدلی مطرح فرمودند که گفته بود دلیل اشتراط تنجیز این است که «الانشاء لا

يقبل التعليق».

ایشان در جواب فرمودند تعلیق ربطی به انشاء ندارد بلکه مربوط به مقام منشأ است و منشأ نیز یقبل التعلیق كما یقع کثیرا در اوامر، نواهی، عقود و ایقاعات. و این تقریبا همان بیان مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف است به صورتی بهتر و دقیقتر از یک جهت.

مرحوم امام فرمایش محقق نائینی ره را نپذیرفتند و تقریبا سه دلیل آوردند که رجوع به منشأ معقول نیست. دلیل دومشان این بود که فرمایش شما دلیل بر این نمی شود که کلام فقهاء در منشأ باشد.

دیروز فرمایشات امام ره را در دو ناحیه دیده ایم، یکی اینکه ایشان فرمودند که انشاء یک امر اعتباری است و غیر از تلفظ به لفظ است و تعلیق در آن معنا دارد. دیروز بحث کردیم که علی الظاهر این حرف تمام نیست.

استدلال سوم حضرت امام در رد فرمایش محقق نائینی

امروز بحث ما راجع به استدلال سوم ایشان علیه محقق نائینی ره است.

استدلال سوم ایشان این است که می گویند: اگر آنطور که محقق نائینی فرموده قید به منشأ بازگردد، لازمه اش این است که ما در روز یکشنبه بتوانیم تملیک روز جمعه را انشاء کنیم.

حال در اصل امکان این انشاء که اشکالی نیست؛ نکته مهم این است که مرحوم امام منشأ را با ملکیت یکی می گیرند و می فرمایند اگر آنطور که محقق نائینی فرموده منشأ مقید شود، پس الان بالفعل انشاء و تملیک داریم نسبت به منشأ یعنی ملکیت روز جمعه، پس از همین یکشنبه مشتری مالک مبیع در روز جمعه است.

نتیجه این است که این مبیع در قبل از روز جمعه ملک خود بایع است نه مشتری و مرحوم امام می خواهند این نتیجه را به محقق نائینی نقض کنند. می فرمایند بنابراین شما آمدید ملکیت را به حسب زمان متکثر کردید.

آنوقت در عبارت های ایشان چرخش عجیبی وجود دارد. گاهی بحث را روی ملکیت می برند و گاهی روی مملوک، در حالی که ما قبلا اینها را از هم تفکیک کردیم. ایشان اشکال را با تکثیر ملکیت شروع می کنند و بعد تکثیر مملوک را مطرح می فرمایند.

در هر حال چه مملوک و چه ملکیت، ایشان می فرمایند نتیجه نظر محقق نائینی این است که ملکیت یا مملوک به لحاظ زمان متکثر شود. پس می شود خود من که بایع هستم مالک باشم تا روز جمعه، از روز جمعه مشتری مالک شود و

اگر اینطور باشد بایع می تواند مابین یکشنبه تا جمعه را به شخص دیگری بفروشد. نتیجه این می شود که یک مملوک بالفعل مالکهای متعددی داشته باشد و این درست نیست. البته نمی فرمایند معقول نیست می فرمایند درست نیست.

«بل رجوع القید الى المنشأ فی المقام (که حرف آقای نائینی است) لازمه أن ينشأ بالفعل الملك مثلاً يوم الجمعة». یعنی حالا انشاء کند بالفعل ملک يوم الجمعة را. «فالتیجة أن ملک يوم الجمعة لك بالفعل». نتیجه این انشاء این است که ملک يوم الجمعة برای شخص باشد بالفعل. «فيكون الشيء ملكاً للمنشئ من الآن الى يوم الجمعة و ملكاً يوم الجمعة للطرف»، من که مالک بودم و به مشتری تملیک کردم، از حالا تا روز جمعه مال من است از جمعه می شود مال مشتری. «فيجوز أن يملك غيره ملک يوم السبت». اگر اینطور شود که تا روز جمعه ملک من باشد و جمعه ملک مشتری یعنی اگر بتوانیم ملک را به حسب ایام تخصیص و تقیید کنیم و به این صورت تملیک کنیم. «فيجوز أن يملك غيره ملک يوم السبت و آخر ملک يوم الاحد و هكذا، نظیر باب الاجارة» همانطور که در اجاره به حسب منافع در طول ایام می توانیم تکثیر کنیم ملکیت را و تملیک های متعددی داشته باشیم اینجا هم همانطور می شود. «فيكون الجميع مالکاً بالفعل کل ملكية قطعة من الزمان. مع أن الملك ليس متکثراً بتکثر الزمان و ليس المملوک متعدداً فی المملوکیة کالمنافع فی کل يوم». می فرمایند لازمه حرف ایشان این است که ما ملکیت های مختلف داشته باشیم به حسب تکثر زمان، پس تملیک های ما تعلق گرفته به ملک خاص و لازمه اش این است که ملک های متعددی داشته باشیم، «مع أن الملك ليس متکثراً بتکثر الزمان» در حالی که ملک این چنین نمی شود و تکثر پیدا نمی کند به تکثر زمان، «و ليس المملوک متعدداً فی المملوکیة کالمنافع فی کل يوم» مملوک مانند منافع نیست تا در هر روز متکثر شود.

بررسی استدلال سوم

وجود اجمال در تقریب استدلال سوم

ببینید اینجا بحث در این بود که خودشان فرمودند «مع أن الملك ليس متکثراً بتکثر الزمان» بعد فرموده اند «و ليس المملوک متعدداً فی المملوکیة» درست نمی فرمایند که اشکال را در این می بینند که ملک قابل تکثر نیست یا مملوک قابل تکثر نیست. و فرق بین این دو روشن است.

هم در بحث های سابق در فروعات وقف و هم در بحث اینجا روشن کردیم که یک صورت این است که شما مبیعی را که مملوک است در حین خاص یا به انضمام شیئی خاص تملیک می کنید؛ پس ملکیت و تملیک شما قیدی ندارد، فقط آن مملوک قید دارد.

صورت دیگر این است که ملکیت ها مقید شود و لذا تملیک شما مقید می شود. صورت سوم این است که هیچکدام از اینها نیست. ملکیتی که عقلاء اعتبار می کنند فعلی است و رفته روی یک شیئی به همراه قیدی.

اینکه می گوئیم فعلی است یعنی چه؟ یعنی هر وقت آن انشاء با قید بود ملکیت بالفعل می شود. که تصویر محقق اصفهانی است از بحث تعلیق.

مقصود این است که فرق بسیار است بین اینکه مملوک تقیید شود یا ملک تقیید شود. در عبارت های حضرت امام اینها خلط شده است.

سپس ایشان به تحقیق خودشان در بحث می پردازند و می فرمایند تحقیق این است که اگر قید به انشاء برگردد مطلقا صحیح است و اگر به منشأ برگردد مطلقا باطل است.

گاهی حضرت امام رحمه الله علیه فرمایشات عجیبی دارند. همه فقها قائل شدند انشاء تعلیق بردار نیست و امرش بدور بین الوجود و العدم، بعد رفتند سر اینکه پس چی مقدر است. اما ایشان می فرمایند «إن رجع القید الی الانشاء صح مطلقا و إن رجع الی المنشأ بطل مطلقا». خیلی عبارت های محکم و سفت. حالا ببینیم می شود از این حرفها دفاع کرد یا نه.

اما اینکه چرا اگر رجع الی المنشأ بطل مطلقا؟ ایشان در جواب همان استدلال بالا را مطرح فرموده اند: «لعدم تعدد المملوک حتی یتقل فی وقت و یتقی مملوک آخر». اینجا باز قید را به مملوک زده اند. می گویند چون مملوک متعدد نیست. مبیع وقتی فروخته می شود و تملیک می شود بعوض، این مبیع به حسب زمان متعدد نمی شود. یک دار است و یک ملکیت است و یک مالکیت است. «لعدم تعدد المملوک حتی یتقل فی وقت و یتقی مملوک آخر» یک مملوک که مثلا دار باشد یک وقتی انتقال پیدا کند و یک وقتی هم باقی باشد. «و یكون کل قطعة من الزمان مکترا له» و هر قطعه زمان مکترا ملک باشد. «فالمملوک هو نفس الشیء والزمان ظرف له». مملوک تکترا به زمان پیدا نمی کند، مملوک یک شیء وحدانی است و زمان هم ظرف محض است. «والمالک للبیة لیس له بیوت عدد ایام السنة» انسان وقتی مالک یک خانه می شود مالک یک خانه است، خانه در استمرارش یک مملوک است و یک مالک هم دارد و یک ملکیت هم در کار است. این نیست که این

خانه صدها خانه باشد در طول زمان، خانه امروز، خانه فردا، خانه پس فردا، آنوقت هر کدام از اینها قابل تملیک باشد. «فله أن يملك غيره ما ملك». امام می فرماید مملوک یک شیء وحدانی است. و من که مالک خانه هستم این حق را دارم که تملیک کنم همان چیزی را که مالکم. چه چیزی را مالکم؟ یک خانه وحدانی در عمود زمان را، نه صدها خانه در ساعات و آنات. «فله أن يملك غيره ما ملك و هو نفس الطبيعة». نفس این دار است. مقصود از طبیعت نه یعنی طبایع ماهوی، بلکه نفس الطبيعة به لحاظ تكثر زمانی، یعنی زمان در آن مأخوذ نیست. نفس دار را می فروشد، اما دار امروز، دار فردا و پس فردا، این حرفها نیست.

می فرمایند: «إن رجع القيد الى الانشاء صح مطلقاً» که بعد توضیح می دهند، و اگر «رجع الى المنشأ بطل مطلقاً» بخاطر این جهت. بعد فرموده اند:

«و اما إذا رجع القيد الى الهيئة فالتمليك لنفس الطبيعة». ایشان مفاد هیئت را تملیک گرفته اند، پس وقتی می فرمایند رجع القيد الى الهيئة یعنی الى التملیک، پس نفس متعلق که مملوک است نفس الطبيعة است، یعنی قید دیگر به دار نمی خورد بلکه به تملیک باز می گردد. «و لا يتحقق التملیک الا بعد حصول القيد أو المعلق عليه» و تملیک بعد از حصول قید یا معلق علیه حاصل می شود اما مملوکش نفس الطبيعة است.

«والسر أن القيد إن رجع الى الهيئة تكون الطبيعة مطلقة بلا قيد». طبیعتی که معروض این هیئت هست و معروض تملیک هست بلا قید می شود. «و الانشاء و التملیک معلقا علی شیء» اگر به هیئت برگردد تملیک و انشاء معلق می شود بر شیء، بر همان قیدی که آورده اند یا اناطه کرده اند. «و إن رجع الى المنشأ و المادة يكون التملیک بلاقيد» اگر به منشأ و ماده برگردد، که ایشان منشأ و ماده را ظاهراً همان ملکیت و مملوکیت می گیرند، آنوقت تملیکش بلاقید است.

در واقع این تملیک و الانشاء، که ایشان تملیک را با انشاء یکی گرفته اند این بلا قید می ماند و قید می خورد به مملوک. فلا بد و أن يتحقق این منشأ و ماده ای که تملیک بلا قید است، چون بلا قید است ناگزیر باید متحقق باشد، «و لامتناع انفكاك المنشأ عن الانشاء تصير الملكية موجودة». چون تملیک و ملکیت نمی توانند از هم جدا بشوند و تملیک باید بالفعل باشد چون قید ندارد، پس ملکیت هم بالفعل است «لكن لا الملكية المطلقة بل المقيدة بيوم الجمعة». اینجا ملکیت را مقید به يوم الجمعة کردند. بالا خیلی وقتها مملوک را فرمودند، ولی بنظرشان مثل آنکه در بالا خیلی جاها گفته باشند

ملکیت اینجا هم می فرمایند ملکیت. «فللشیء ملاک متعددة حسب اقتضاء القيود الراجعة الى المادة»^۱ می فرمایند حسب اقتضاء قیودی که به ماده باز می گردد که عبارت باشد از ملکیت، وقتی قید به آن برگشت تعدد ملاک می شود.

این هم یک اشکال

یک اشکال دیگر هم ایشان فرموده اند که وایضا لازم القید الى المادة... که بعدا بحث می کنیم.

عدم صحت مساوقت انشاء با تملیک

ما این مساوقت انشاء با تملیک را نمی فهمیم یعنی چه. ایشان می فرمایند انشاء و تملیک معلق است. انشاء در مثل بیع عبارت است از ایجاب و قبول و تملیک به حسب آن تحلیلی که بیان شد عبارت است از آن تسبیبی که برای حصول ملکیت است. البته خود همین انشاء جزء سبب می شود، بایع با انشاء می خواهد تسبیب کند. اما سؤال این است که مگر انشاء و تملیک یک چیز هستند و اینکه انشاء آیا مفاد هیئت است که ایشان پائین می فرماید اگر قید به هیئت برگردد تملیک مقید می شود. انشاء و تملیک معلقا علی شیء می شوند. مگر مفاد هیئت انشاء است؟! مگر مفاد هیئت تملیک است؟! آخر ما چگونه به این نتیجه رسیدیم؟

مثلا می گوئیم «ملکتک هذا بذاک»، در این جمله یک ماده داریم که «ملکت» است، یک هیئت تملیک داریم که هیئت جمله ماضی است، یک اضافه به فاعل هست که در اینجا «ت» است و یک مفعول که «ک» است. یعنی دو تا هیئت در اینجا وجود دارد: یکی هیئت خود فعل ماضی، مثل امر در باب اوامر، یکی هم هیئت حاصل از جمله یعنی از اضافه هیئت فعل ماضی به فاعل و مفعول.

پس دو هیئت داریم و هر کدام مدلول خاص خودشان را دارند، هیئت دوم که اصلا بحث نیست. یعنی هیئت جمله فعلیه با فاعلش و مفعولش. به این هیئت که الان ما کاری نداریم. اما هیئت جمله فعلیه که می گوید ملکتک هذا. این ملکتک یک هیئت جمله ماضی است که ما با آن انشاء را انجام می دهیم و یک ماده.

اولا همانطور که دیروز عرض کردیم ایشان می فرماید إن رجع القید الى الهيئة انشاء معلق می شود. انشاء با کل هیئت و ماده صورت می گیرد. و من واقعا تعجب می کنم از این فرمایش امام. مگر انشاء فقط به هیئت صورت می گیرد.

۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۵۰

هیئت و ماده یک جهت لفظی دارند، که همین الفاظ میم و لام و کاف که ملک است، می آید در قالب ملک تک که هیئت آن است، این لفظ است. اینها مدلول معنایی دارند، یعنی هر کدام از هیئت و ماده لفظی دال هستند بر یک ماده معنوی و هیئت. یعنی هیئت دال بر نسبت است مثلاً، و ماده لفظی که میم و لام و کاف است دال است بر ماده معنای ملکیت. چون ماده معنوی هم داریم که ساری در همه مشتقات می شود. حالا سؤال این است که ما که انشاء می کنیم آیا فقط هیئت را انشاء می کنیم؟ اینکه معنا ندارد اصلاً. ما کل این مفاد را که مجموع هیئت و ماده است انشاء می کنیم که عبارت است از ایجاد المعنی، کدام معنا؟ کل معنای حاصل به ماده و هیئت. این را ما انشاء می کنیم. کما اینکه در بحث اوامر در واجب مشروط ما چه چیزی را انشاء می کنیم؟ می گوئیم انشاء وجوب که مفاد هیئت است، ولی وجوب بدون ماده که در عالم انشاء نمی شود. وجوب صلاة را انشاء می کنیم. کل این هیئت و ماده انشاء می شود، جمله انشاء می شود. خود ایشان بالا فرمودند که معانی تصدیقی تعلیق برمی دارند. خب معانی تصدیقی به جملات قائم اند. معنای افرادی که انشاء نمی شود، و اگر هم در بعضی جاها مثل تعجب و اینها بشود خود محل بحث است که آیا در این موارد مانند «به به» مفهوم تام را انشاء می کنیم یا نه؟

البته لفظ تام نیست ولی ممکن است معنایش به قرائن و غیره تام باشد که حالا سر جای خودش بحث می شود. اما در بحث های ما که می گوئیم «بعثت هذا بذاک» یا «اضرب زیدا» در اینجا ما کل جمله را انشاء می کنیم. پس بنابراین ما نمی فهمیم منظور ایشان از اینکه می فرماید که اگر قید به هیئت برگردد انشاء و تملیک معلق است، اگر به ماده برگردد ملکیت معلق و مقید چیست.

منشأ و انشاء اولاً با هم یکی هستند فقط به لحاظ اعتباری مختلفند، منتهی ما الان در این خیلی تأکید نمی کنیم، چون معلوم است که امام ره اصطلاح انشاء و منشأ را جور دیگری به کار می برد. ولی در هر حال هر جور که بگوئیم معنا ندارد که ما بگوئیم اگر به هیئت برگردد انشاء تعلیق می شود. این معنا ندارد.

روشن نبودن دلیل حضرت امام بر عدم امکان تکرار مملوک به لحاظ زمان

اما آن استدلالی که ایشان بر علیه محقق نائینی بکار می برد. می فرماید که دار به حسب زمان متکثر نمی شود. استدلال هم نمی کنند که چرا نمی شود. این در واقع بحثی است که ما به تفصیل با استدلال و با بیان تاریخی نظر مرحوم شیخ انصاری و دیگران را در مباحث وقف بیان کردیم.

اگر دوستان یادشان باشد. یکی از مطالب مرحوم شیخ انصاری در عدم قابلیت وقف برای توقیت همین بود که وقف تملیک است و ملکیت قابل توقیت نیست. گرچه بعداً ایشان از این مطلب برگشت که وقف تملیک باشد. ولی در هر حال در آنجا اینطور استدلال فرمودند لذا افتادند در این کبری که ملکیت قابل توقیت نیست. بحث مفصلی کردند، ظاهر حرف ایشان این بود که یک بحث فلسفی است و اعراض قار مثل جسمیت دار و غیره قابل تقیید به زمان نیستند چون زمان مکرر اینها نیست و ظرف محض است. که همین فرمایش امام ره است. منتهی ایشان یک استدلالی می کردند. بعد ما استدلال ایشان را توجیه کردیم و قرائنی هم برای توجیه آوردیم.

مرحوم آخوند و مرحوم سید هر کدام در بحث خودشان به شدت علیه شیخ انصاری ره اعتراض کردند که این حرف شما درست نیست. ملک مانعی ندارد تقیید شود، فقط نیاز به دلیل دارد. و چون در بحث ما تقیید دست خود آقای واقف است و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها وادله عامه امضاء عقود نیز وجود دارد واقف می تواند وقف را به زمان مقید می کند و هیچ مشکلی ندارد. آنوقت نقض می کردند به زوجیت موقته و امثال این و همینطور اجاره.

منتهی ما آنجا مفصل بحث کردیم. حضرت امام ره آمدند وسط میدان و می گویند نمی شود. ولی روشن نیست که دلیل ایشان بر عدم امکان ملکیت متکثر چیست

نتیجه مقید بودن منشأ، مقید بودن مملوک یا ملکیت نیست

اشکال دیگر این است که آیا فرمایش محقق نائینی منتج به این است و این لازمه را دارد تا ما بگوئیم باطل است؟ البته مرحوم امام وجه بطلان را بیان نکردند؛ اما آیا اصلاً نتیجه فرمایش محقق نائینی که منشأ مقید است واقعا این است که ملکیت یا مملوک مقید باشد تا به بخواهیم به آن اشکال کنیم؟

به نظر اصلاً چنین نتیجه ای ندارد. وقتی محقق نائینی میفرمایند امر انشاء دار مدار وجود و عدم است انشاء را فقط صوت نمی داند بلکه همین تصوت به الفاظ و قصد معنا و ملازماتی که قبلاً بحث کردیم می دانند. و این انشاء موضوع برای ملکیت عقلائی یا شرعی می شود. و لذا صدق می کند بر این انشاء با قصد تسبیب که تسبیب برای آن ملکیت است. کاش محقق نائینی مانند تقریب روشن و دقیقی که محقق اصفهانی ارائه فرمودند بیان می کردند که معنای تعلیق، ورود قید در مقام سببیت انشاء برای ملکیت است، یعنی انشائی وجود دارد، این انشاء، موضوع قرار می گیرد برای یک اعتبار عقلائی و شرعی. که گاهی مطلقاً موضوع می شود و گاهی با یک قید موضوع می شود، یعنی در حالی که توأم است با قیدی مانند مجیء زید موضوع می شود. اگر مرحوم نائینی مقصودشان از منشأ عبارت باشد از آن ملکیتی که از ناحیه عقلاء می آید یا

تملیکی که تسبیب می شود از ناحیه انشاء، چون عرض کردیم تسبیب از ناحیه عاقد یا متعاقدين این مباحثی نیست، این تسبیب در واقع به توسط این اعتباری است که عقلاء می کنند. کار عقلاء در اعتبارشان مباحثی است، کار متعاقدين در انشاءشان مباحثی است، اما تسبیبشان دیگر مباحثی نیست، تسبیب به لحاظ اعتبار عقلاء است. چون این انشاء موضوع اعتبار آنها قرار می گیرد، به متعاقدين می گویند شما تسبیب برای ملکیت کردید. لذا می تواند بگوید ملکیتک هذا بذاک، یعنی با این کار دارم تسبیب می کنم برای ملکیت.

مراد از منشأ در کلام مرحوم نائینی

حالا حرف این است که: اگر محقق نائینی بفرماید که انشاء تعلیق بردار نیست بلکه منشأ تعلیق بر میدارد، یعنی چه و منشأ چیست؟ منشأ همان ملکیت است. پس یا ملکیت که معتبر عقلاست معلق است یا تسبیبی که با انشاء می کنند معلق است چون ملکیت عقلائی که در اختیار متعاقدين نیست، تسبیب در واقع این است که من کاری کنم که اعتبار عقلاء بیاید، اگر محقق نائینی بفرماید این قید دارد این چه ربطی به این دارد که ملکیت مقید شود؟ مملوک مقید بشود؟! پس در واقع این تسبیب مقید است.

اتفاقا اگر کسی مانند همین ظاهر حرف محقق اصفهانی را قائل شود که هر وقت انشاء حاصل شد و آن شرط روز جمعه هم آمد عقلاء اعتبار ملکیت دارند. چه اشکالی دارد. از روز یکشنبه انشاء واقع شده ولی تملیک نکرده. آن حرفی که محقق اصفهانی می فرمود این بود که بایع یکشنبه انشاء کرده است ولی با انشاء ملکیت حاصل نمی شود، در واقع اقتضاء ملکیت را ایجاد کرده، نه بالفعل. هر وقت آن شرط آمد و بالفعل شد عقلاء اعتبار ملکیت می کنند.

امکان وجود ملکیت علی تقدیر

البته ما در آنجا در دفاع از مرحوم شیخ عرض کردیم که اشکالی ندارد که یک ملکیت علی تقدیر هم داشته باشیم، یعنی یک ملکیت خاصه و ملکیت علی تقدیر از زمان انشاء داشته باشیم، نه اینکه در روز جمعه ملکیت داشته باشیم، از یکشنبه ملکیت داریم ولی ملکیت علی تقدیر.

این چه مانعی دارد. به این معنا نیست که مملوک های متعدد داریم. ما این را نگفتیم. این تصویر دوم در فرمایش شیخ بود که ما ملکیت دو جور داریم. ما نمی گوئیم مملوک متکثر به زمان داریم. مرحوم نائینی لازم نیست این را بگوید. مرحوم نائینی می تواند این تقریب دوم را که ما به شیخ نسبت دادیم بگوید که بفرماید ما انشاء داریم همین الان هم منشأ

یک ملکیت است. ما دو سنخ ملکیت داریم، یک اعتبار داریم مطلق، یک اعتبار ملکیت علی تقدیر یوم الجمعة داریم. درست است که ملکیت ما معلقه شد، مقدر به یوم الجمعة شد، اما اصلاً خود ملکیت معلق علی یوم الجمعة خودش یک چیزی است. نه اینکه مملوک متکثر به زمان شود. مملوک متکثر به زمان نشد، ملکیت علی تقدیر اصلاً خودش یک چیزی است. این هم یک احتمال است.

هیچکدام منتهی نمی شود به این حرفی که مرحوم امام می زند که مملوک متکثر به حسب زمان شود. چنین چیزی نیست. و نفهمیدیم این نقض ایشان که که اگر بنا باشد ملکیت معلق شود به مجيء یوم الجمعة پس روز شنبه هم می شود. ما این را نفهمیدیم یعنی چه؟! خب یک ملکیت معلقه را تملیک می کند، این چرا لازمه اش این است که یوم السبت هم بشود.

شاید علت این باشد که در ذهن شریف ایشان ظاهراً جای ملکیت و مملوک مدام عوض می شود. مملوک را ما متکثر نکردیم، مملوک یک شیء واحد مانند خانه است. اما ملکیت این دار معلق بر یک چیزی است. نگفتیم هم دائماً بر اشیاء مختلف معلقش می کنیم. معلق شد بر یک سببی بر یک شیئی مثل یوم الجمعة. ملکیت معلق شد. و این حرف چه مانعی دارد؟ این لازمه اش این نیست که ملاک متعدد و مملوک های متعدد داشته باشیم. همچنین چیزی لازم نمی آید. و لذا نفهمیدیم چرا مرحوم امام این نقض را به مرحوم نائینی وارد کردند.

علاوه بر اینکه ایشان جای ملک و مملوک را هم متعدد عوض کرده اند. در کل به نظر من واقعا عبارت اضطراب دارد. هم از این حیث، و هم از حیث اینکه ایشان هیئت را انشاء گرفته اند، رجوع قید به هیئت را گرفته اند تقیید انشاء، ماده را گرفته اند منشأ. این هم عجیب است. ماده که ملکیت باشد که تنهائی منشأ نیست. کل این مضمون انشاء می شود. مفاد جمله انشاء می شود و مفاد جمله هیئت و ماده با هم است. کما اینکه در واجب مشروط هم همین است.

ولذا این وجهی که ایشان نقل کرده و بر اساس آن، نقض و اشکال به محقق نائینی می کند به نظر ما درست نیست.

علاوه بر اینکه ایشان فرمودند اگر لازمه کلام محقق نائینی تكثر به حسب زمان باشد چه اشکالی دارد.

خلط بین اناطه و قید در کلام حضرت امام ره

مطلب دیگری که به نظرم در عبارت ایشان خلط شده است بین اناطه و قید است. پائین یک جائی ایشان می فرماید: «الا بعد حصول القید أو المعلق علیه». اینجا بحث تعلیق بود. تعلیق با تقیید فرق می کند. ایشان گاهی تعلیق می آورد، گاهی تقیید می آورد. آنوقت بالا که مرحوم امام در اشکال اول به محقق نائینی فرمودند مفاهیم افرادی تعلیق بردار نیست مفاد

تصدیقی تعلیق بردار است. ما در تفسیر حرف ایشان گفتیم اگر بخواهد معنای روشنی داشته باشد علی الظاهر باید به این برگردد که مفاهیم افرادی که ذوات معانی هستند تعلیق بردار نیستند.

مقصود از معنای تصدیقی آن چیزی است که محکی می شود به معنای تصدیقی که ثبوت شیء لشیء هست یا در کان تامه ثبوت الشیء هست، یا در انشائات ایجاد الشیء است. خلاصه با ثبوت و وجود و تحقق مرتبط است. تحقق قابل تعلیق است والا ذوات معانی تعلیقشان معنا ندارد چه افرادی و چه غیر افرادی. ذوات معانی تعلیقشان بی معنا است. ذوات معانی ذوات معانی هستند تعلیق بر چیزی ندارند. بله وجودشان و تحققشان و ثبوتشان معلق می تواند باشد.

ما حرف امام را اینطوری تفسیر کردیم، منتهی خود ایشان عباراتی دارند که با این تفسیر نمی سازد. گاهی می گویند تعلیق و گاهی می فرمایند تقیید. مفاهیم، تقیید می پذیرند که لبش تخصیص است اما تعلیق نمی پذیرند. ولذا در کل واقعا اینجا حرفها منظم و دقیق نیست.

اشکال دیگری از حضرت امام به مرحوم نائینی و جواب از آن

ایشان یک اشکال دیگری هم بیان کرده اند که آن هم از همین سنخ است. فرموده اند: «و ایضا لازم رجوع القید الی المادة تمامية العقد فعلا و عدم جواز الرجوع من المتعاقدين قبل حصول القید و المعلق علیه، بخلاف ما لو رجع الی الهیئة، لأن العقد علی فرض حصول القید، فمع عدمه لا عقد بینهما بل انشاء معلق لو حصل المعلق علیه صار انشاء و عقدا»^۱.

این هم حرف عجیبی است، چون بر اساس همان تصویرهاست که فرموده اند اگر که قید به ماده برگردد که ماده را ظاهرا همان مملوکیست گرفتند، می فرمایند در این صورت عقد که همان انشاء است چون به ماده گفتید برگردد ایشان عقد و انشاء و هیئت را یکی می گیرند، بعد می گویند اگر گفتید قید به ماده برمیگردد یعنی به هیئت برنمیگردد، یعنی انشائات و عقدتان مطلق است. و اگر انشاء و عقد مطلق است پس همین الان واقع شده است. اگر عقد واقع شده پس شما نمی توانید برگردید، حتی قبل از حصول قید و معلق علیه حق برگشتن ندارید عقدتان تمام است وجهی برای برگشتن ندارد، حق ندارید برگردید.

۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۵۰

اما اگر قید به هیئت برگردد که ایشان هیئت را و انشاء را و عقد را یکی می گیرند، چون یکی گرفته اند وقتی به هیئت برگردد یعنی به عقد برگشته، یعنی عقد معلق است. یعنی قبل از این قید و معلق علیه عقدی نیست. وقتی عقدی نیست پس بنابراین برگشتن هم اشکال ندارد. می خواهند این را بگویند.

ولی این فرمایش عجیبند واقعا. اولاً هیئت مساوق با انشاء نیست بلکه ما با مجموع هیئت و ماده، انشاء می کنیم. ثانياً عقد به معنای آنچه که با آن انشاء صورت می گیرد امرش یدور بین الوجود والعدم. پس این به چه معنا است که می فرمایید «لا عقد بینهما بل انشاء معلق لو حصل المعلق علیه صار انشاء وعقدا». مگر عقد چیست؟ همین ایجاب و قبولی است که ما خواندیم. این یا هست و یا نیست، یا خواندیم و یا نخواندیم. اینکه محقق نائینی می فرمود امرش یدور بین الوجود والعدم همین است، یا عقد را خواندید و یا نخواندید. اگر عقد را خواندید خب عقد واقع شده است دیگر، یعنی چه که معلق علیه است. عقد همین تلفظ به لفظ است، قصد معنا و استعمال لفظ در معنا و قصد تسبیب است. عقد این است. نمی گوئیم تلفظ به لفظ خالی. اینکه واضح است بطلانش و هیچ کس این را نگفته است. تلفظ به لفظ به اضافه قصد معنا و استعمال لفظ در معنا و قصد تسبیب. آنوقت اگر نگاه کنید در هیچکدام از اینها اعتبار نیست. تلفظ به لفظ یک امر تکوینی است. قصد معنا هم امر تکوینی است. استعمال لفظ در معنا تکوینی است. و قصد تملیک هم تکوینی است. تنها چیزی که در مجموع این انشاء ممکن است بگوئید اعتباری است آن ایجاد المعنی بالعرض بوجود اللفظ است که به آن می گوئیم انشاء، اگر این را بگوئید اعتباری است، ولی انشاء که این نیست، انشاء حقیقه مجموع اینهاست. این امور عمده اش امور واقعی است. بنابراین تعلیق در این امری که یدور امره بین الوجود والعدم معنا ندارد.

بله همانطور که آنجا عرض کردم هر امر تکوینی به علل خودش معلق است. ما می توانیم بگوئیم وجود آتش معلق است به این اسباب، این معنا دارد به این معنا که اگر اسباب جمع شد آتش حاصل می شود ولی اگر جمع نشد آتش حاصل نمی شود. این درست است ولی ربطی به این تعلیق در بحث ما ندارد. چون ما داریم انشاء می کنیم، ملکیت را تعلیق می کنیم به مجیء زید. مجیء زید در انشاء من هیچ ربطی ندارد. انشاء من عبارت از تلفظ به لفظ است ربطی به مجیء زید ندارد. عبارت است از قصد معنا ربطی به مجیء زید ندارد. قصد تسبیب ربطی به مجیء زید ندارد. بله اعتبار عقلاء رفته روی انشاء به اضافه مجیء زید. این حرف دیگری است. و لذا تسبیب نه قصد تسبیب، تسبیب بالحمل الشایع منوط است، چون ملکیت منوط است. اما انشاء به تعبیر محقق اصفهانی تسبیب بالحمل الشایع نیست. انشاء عبارت است از تسبیب اقتضائی. این تسبیب اقتضائی هیچ اناطه ای به مجیء زید ندارد بلکه همه چیزش حاصل است. و لذا اقتضاء الملكية بالانشاء الان حاصل است. این را که همه باید قبول کنند. الان حاصل است. آن چیزی که حاصل نیست ملکیت است.

ولذا به نظر من این فرمایش هم هیچ نقضی به محقق نائینی نیست. عمده اشکال ما این تصویر است که انشاء را و هیئت را از یک طرف و منشأ و ماده را که مثلاً ملکیت باشد از یک طرف اینها را با هم یکی گرفته اند. اینها همه اشکال دارد و لذا بسیاری از مسائل دیگر هم خلق کرده است. و در مجموع نقدهای ایشان به مرحوم نائینی به نظرم وارد نیست. این تمام الکلام در فرمایش امام.

انشاء الله جلسه بعد تلخیص می کنیم بحث را و مختار خودمان را عرض می کنیم که بحث مهم و دشواری هم هست. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۶۹۵
- خلاصه مباحث گذشته ۶۹۵
- خلاصه و نتیجه بحث تا کنون ۶۹۶
- بهترین بیان برای تعلیق محل بحث، تعلیق در تسبیب است ۶۹۶
- اشکال به کلام محقق اصفهانی ۶۹۹
- کلام صاحب منتقی و رد آن ۷۰۱
- خلاصه اشکال به محقق اصفهانی ۷۰۲
- نتیجه بحث ۷۰۲
- جواب دیگر به مرحوم اصفهانی (فرق است بین محال بودن تعلیق و بطلان تعلیق) ۷۰۳

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث در بطلان تعلیق در وقف بود. ظاهراً دلیل اشتراط تنجیز و بطلان تعلیق در تمام عقود یکسان است. بعد از استناد به اجماع برای بطلان تعلیق در وقف و سائر عقود الا ما خرج بالدلیل، نوبت رسید به ادله دیگری که برای بطلان تعلیق در عقود اقامه شده است.

اولین دلیلی که بررسی شد این بود که انشاء قابل تعلیق نیست. عمده مباحث مهم این دلیل گذشت. در این جلسه علاوه بر تلخیص مباحث نکته جدیدی نیز مطرح کنیم.

نکته جدید مربوط است به نظریه محقق اصفهانی که به نظر ما بهترین بیان برای تعلیق در مسببات بود. می خواهیم بررسی کنیم که آیا این فرمایش واقعا خالی از اشکال است؟ نکته جالب این بحث جدید این است که بر اساس آن باید به

یکی از تفاسیری که برای عبارات مرحوم شیخ انصاری ره نقل شد و محقق اصفهانی در آن اشکال کرد بازگردیم و آن را صحیح بدانیم.

خلاصه و نتیجه بحث تا کنون

نتیجه بحث تا اینجا این شد که انشاء به عنوان یک ایجاد تکوینی ولو اینکه در ضمنش برخی از اعتبارات وجود داشته باشد قابلیت تعلیق ندارد. یعنی قابل تعلیق به مثل مجیء زید نیست. زیرا انشاء که ایجاد لفظ است و استعمال لفظ در معنا و قصد معنا؛ حال چه این ایجاد، ایجاد اعتباری باشد، یعنی ایجاد لفظ باشد حقیقتاً و ایجاد معنی اعتباراً، که تفسیر محقق اصفهانی از انشاء بود، یا ایجاد معنا باشد در نفس الامر که نظر محقق خراسانی و عده ای دیگر بود، یا ایجاد معنا باشد در وعاء مناسب با آن که برخی از بزرگان دیگر می فرمایند، به هر صورت که انشاء را تفسیر کنیم بخشی از آن، یک واقعیت تکوینی است. ایجاد لفظ که اعتباری نیست. استعمال لفظ در معنا که اعتباری نیست. قصد معنا که اعتباری نیست. گرچه «اعتبار اللفظ معنا» که در انشاء به نظریه مرحوم اصفهانی واقع می شود اعتبار است، اما کل این قضیه اعتباری نیست.

بنابراین تعلیق این امر تکوینی به مثل مجیء زید معنا ندارد.

البته همان طور که عرض شد تعلیق انشاء به علل و مبادی خودش معنا دارد. مثل تعلیق این انشاء به اسباب تحقق صوت، اسباب تحقق قصد، اسباب تحقق استعمال لفظ در معنا ولی ربطی به بحث ما ندارد. بحث در تعلیق انشاء است به اموری مانند مجیء زید و طرو شمس. و روشن است که این معقول نیست.

ایجاد تکوینی مانند ضرب به علل خودش قوام دارد، معنا ندارد بگوید «من میزنم معلقاً بر مجیء زید» زیرا انسان یا زننده هست یا نیست، این فعل یا از من صادر می شود یا نه، تعلیقش به مجیء زید معنا ندارد.

این بحثی بود که تا به حال روشن شد.

بهترین بیان برای تعلیق محل بحث، تعلیق در تسبیب است

بهترین بیان برای تعلیق، تعلیق در تسبیب است. به این معنا که همانطور که محقق اصفهانی فرمود انشاء متعاقدين موضوع قرار می گیرد برای ملکیت اعتباری یا شرعی، و کار متعاقدين تسبیب برای حصول آن اعتبار از ناحیه شارع یا عقلاء است، این شارع یا عقلاء می توانند موضوع اعتبار ملکیتشان را مطلق انشاء قرار دهند یا انشاء مع حصول مجیء زید یا طلوع شمس یا رأس الشهر قرار دهند.

پس بهترین بیان برای تعلیقه‌های محل بحث این است که وقتی بایع می گوید: «بعتک هذا بذاک علی تقدیر مجیء زید» یعنی تسبیب خودش برای حصول ملکیت عقلاء را معلق می کند بر مجیء زید. و اگر عقلاء این تعلیق را بپذیرند، معنایش این است که اعتبارشان را برده اند بر روی این انشاء به اضافه این شرط. و اگر نپذیرند معلوم می شود که این را قبول ندارند یعنی این اعتبار را انجام نمی دهند.

پس بهترین بیان برای تعلیق در معاملات، این است که تسبیب عقلاء را معلق بدانیم یعنی بگوئیم اعتبار عقلاء یا شرع که می خواهد مترتب شود بر موضوع خودش که عبارت است از انشاء متعاقدین یا از کسی که ایقاع می کند، گاهی این اعتبار می رود روی موضوع مطلق و گاهی می رود روی موضوع مقید. اینها بحثهایی است که تا به حال شد.

برای بیان آن نکته ای که عرض شد باید بعد مقابله ای بین این حرف و حرف مرحوم شیخ عرض کنیم:

در خاطر دوستان هست که محقق اصفهانی در رد این تفسیر از نظر مرحوم شیخ انصاری که ملکیت به دو صورت ملکیت معلقه و ملکیت منجزه قابل تصویر است فرمودند که اگر مقصود مرحوم شیخ این باشد حرفی نادرست است و فرمودند «قد مرّ فساد و الله اعلم».

ظاهراً وجه فساد همانطور که از لابلاي بحثها روشن شد این است که اعتبار عقلاء مباشری است، و این اعتبار یا هست یا نیست. وقتی اعتبار را با خود معتبر بسنجیم مانند بقیه امور تکوینی است که یا هست یا نیست. منتهی وقتی با این انشائی که موضوعش را تشکیل می دهد بسنجیم می توانیم بگوئیم آیا این اعتبار عقلاء یا شارع رفته روی این موضوع مطلقاً یا رفته روی آن موضوع با مجیء زید یا طلوع شمس یا کذا.

پس طبق تفسیر ایشان اعتبار شارع یا عقلاء دو سنخ ندارد بلکه اعتبار ملکیت است. ما دو جور اعتبار ملکیت منجزه و معلقه نداریم. ممکن است به لحاظ نوع موضوع ملکیت را تقسیم کنیم و این اشکالی ندارد اما ملکیت دو سنخ نیست، بلکه یک اعتبار وحدانی است که گاهی می رود روی انشاء مطلق و گاهی می رود روی انشاء مع قید.

مرحوم شیخ نسبت به این سوال که آیا همانطور که ملکیت متحققه علی کل تقدیر داریم، ملکیت متحققه علی تقدیر خاص نیز داریم یا نه؟ پاسخ می دهند که حتماً این ملکیت نیز وجود دارد. محقق اصفهانی از این فرمایش مرحوم شیخ استظهار کردند که که ایشان دو جور ملکیت تصویر می کند.

محقق اصفهانی برای تأیید این برداشت و استظهار خودشان مویدی از عبارت بعدی مرحوم شیخ که در جواب صاحب جواهر است می آورد که انشاء الله در بحث بعدی مفصل مطرح خواهد شد و روشنتر در مقصود ایشان است چون در آنجا مرحوم شیخ تصریح می کند که دو نحوه ملکیت وجود دارد: ملک معلق و غیر معلق.

بنابراین با این عبارت دوم، دیگر تردیدی وجود ندارد که مرحوم شیخ دو جور ملکیت را قبول دارند. و محقق اصفهانی نیز با همین مخالفند و منکر وجود دو نحوه ملکیتند. ایشان در جواب مرحوم شیخ فرمودند:

«و إن ارید من عدم التخلّف أن المدلول (یعنی مدلول العقد) ثابت لکنه علی قسمین: ملکية متحققة علی تقدیر و ملکية متحققة علی کل تقدیر، فالملکية المنشأة بالفعل سنخان معلق و منجز بأن يكون التقدير من خصوصيات الملكية و شؤونها لا من مبادئ وجودها، كما یومی الیه قوله رحمه الله «فیمنع کون اثر مطلق البیع الملكية المنجزة بل مطلق الملكية»^۱.

که مرحوم شیخ در صفحه بعد از این بحث در جواب صاحب جواهر این را فرموده است که می آید.

محقق اصفهانی همه عبارت مرحوم شیخ را نیاورده است. عبارت مرحوم شیخ در آنجا خیلی روشن است، در جواب صاحب جواهر می فرماید:

«إن ارید بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلّفه عن انشاء العقد من البديهيات التي لا یعقل خلافها».

اگر مقصود از مسبب یعنی مدلول عقد، یعنی مدلول انشاء و واضح است که مدلول انشاء از انشاء جدا نمی شود بنابراین نمی شود که مدلول انشاء آن ملکیت نهائی باشد.

«و إن ارید به الاثر الشرعی و هو ثبوت الملكية» همان ملک اعتباری عقلائی یا شرعی، که نسبت به شرعی گاهی شرع تأسیسی و مباشری است و گاهی بالامضاء است که ملکیت عقلائی را امضاء می کند. پس اگر مقصود از مسبب، اثر شرعی یعنی ملکیت باشد «فیمنع کون اثر مطلق البیع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك».

۱ حاشیه کتاب مکاسب (للاصفهانی، ط - الحیثیة)، ج ۱، ص: ۲۸۸

علاوه بر اینها این عبارت خیلی صریح است: «فإن كان البيع غير معلق، كان اثره الشرعی الملك الغير المعلق، وإن كان معلقا (یعنی اگر بیع معلق باشد)، فأثره الملكية المعلقة». سپس ایشان در جواب دیگری می دهند که «مع أن تخلف الملك عن العقد كثير...»^۱.

پس ایشان می گوید اگر بیع معلق بود یعنی انشائش معلق بود، فأثره الملكية المعلقة. پس ایشان یک ملکیت غیر معلق تصویر می کند و یک ملکیت معلق.

حال محقق اصفهانی می فرماید فساد این حرف آشکار شد. چون ما در نهایت یک ملکیت بیشتر نداریم که اعتبار شرع یا عقلاء است و اختلاف در موضوع آنها هست.

این بحثها قبلا بیان شده است، تمام تجدید این بحث برای این بحث جدید بود. آنچه محقق اصفهانی می فرماید ثبوتاً حرف درستی است و فی حد ذاتها ممکن است که انشائی به نحو اطلاق، موضوع اعتبار شخص یا شارع یا عقلاء واقع شود، یا انشاء توأم با یک قید و شرط، موضوع اعتبار عقلاء قرار گیرد. و این شدنی است. اما در بحث ما که بحث تسبیب از ناحیه متعاقدين است، آیا اعتبار عقلاء یا شارع می تواند کل مورد مورد باشد؟

می خواهیم اشکالی علیه فرمایش محقق اصفهانی مطرح کنیم و از آن دو نتیجه بگیریم: یکی اینکه فرمایش ایشان را به چه صورت اصلاح کنیم و دیگر اینکه فرمایش مرحوم شیخ انصاری ستاره دار می شود یعنی حرفی می شود که در این ممشا همه باید آن را بپذیرند.

اشکال به کلام محقق اصفهانی

اشکال به فرمایش محقق اصفهانی این است که آیا اعتبارات عقلاء یا اعتبار شارع نسبت به هر مورد و فرد فرد است، اگر به این صورت بود فرمایش محقق اصفهانی درست بود. یعنی لازم نبود ما دو جور ملکیت تصویر کنیم، ملکیت معلقه و ملکیت غیر معلقه و منجزه. بلکه ما می گفتیم عقلاء یا شارع در هر زمانی یک نوع اعتبار ملکیت می کنند، حال اگر بر روی انشاء بدون قید باشد می شود ملکیت مطلق و اگر روی انشاء با قید باشد می شود ملکیت معلق که در واقع ملکیت معلق نیست و این تعبیر مسامحه است، بلکه یک ملکیت است که رفته روی دو نحوه موضوع. پس اختلاف موضوع واسطه

۱ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۳، ص: ۱۷۱

در عروض می شود برای محمولش که ملکیت است. این ملکیت اگر اعتبار شود برای انشاء خالی از قید، یک جور است، و اگر اعتبار شود برای انشاء با قید جور دیگری است و اختلاف به موضوع ملکیت است نه اینکه دو نحوه اعتبار باشد.

این حرف درست است، اما باید به نکته دقیقی توجه کرد ما زمانی که فرمایش ایشان را بررسی می کردیم به ذهنمان رسید ولی بیان نکردیم تا مطلب قدری پخته تر شود بعد دیدیم محقق نائینی نیز در جای دیگری نظیر همین مطلب را بیان فرموده اند.

آن نکته این است که تصمیم گیری عقلاء نسبت به ملکیت موردی نیست یعنی نمی توانیم بگوئیم در صورت معامله حسن با حسین عقلاء یک اعتبار ملکیت می کنند و اگر اکبر و محمود با یکدیگر قرارداد بستند عقلاء ایستاده اند و یک اعتبار دیگر می کنند. بلکه عقلاء به نحو قضیه حقیقه می گویند هر وقت متعاقدینی یعنی موجب و قابلی با این شرائط و به این صورت انشاء کردند، ما ملکیت را اعتبار می کنیم. یعنی نه اینکه هر وقت آن حاصل شد تازه ما اعتبار می کنیم. چون باید در خانه آنها بایستادند و اعتبار کنند؛ روشن است که این معنا ندارد. بلکه به نحو کلی تقدیر می کنند و فرض می کنند متعاقدینی را که موجب و قابل هستند و عقدشان این شرائط را داشته باشد و می گویند ما برای چنین متعاقدینی اعتبار ملکیت می کنیم. برای عقدی با این خصوصیات اعتبار ملکیت می کنیم. ولو الان در خارج عقدی وجود نداشته باشد. الان روی عقد مفروض اعتبار ملکیت می کنند.

حال پرسش این است که: این اعتبار ملکیتی که الان می کنند با اینکه موضوعش هنوز محقق نیست و اصلاً ممکن است عقدش محقق نباشد، اعتبار ملکیتی که روی عنوان بیع و عنوان صلح و مانند آن می کنند، مگر الان همه بیع ها موجود است؟ در طول زمان بیعها حاصل می شود. حالا که همه بیعها بالفعل موجود نیست و در طول زمان حاصل می شود سؤال این است که: اعتباری که الان می کنند می تواند منجز باشد، یا مجبورید شما بگوئید اعتبار معلق هم داریم، اعتبار ملکیت علی تقدیر هم داریم. مجبورید بگوئید. چون ملکیتی که روی بیعی که الان هنوز نیست و فردا پدید می آید این اعتبار نمی شود اعتباری غیر معلق و غیر مقدر باشد. حتما اعتبار علی تقدیر است. یعنی اعتبار می کنند ملکیت را علی تقدیر حصول عقد با شرائط. از جمله شرط مجيء زید است.

پس عرض ما این است که اگر به عالم ثبوت نگاه کنیم و وقتی تک تک حوادث عالم را در نظر بگیریم می شود به این صورت تصویر کنیم که احمد و محمودی پیدا شده اند و با یکدیگر قراردادی بسته اند و ایجاب و قبولی محقق کرده اند و شرائطی نیز محقق شده است در این صورت ما از راه می رسیم و می گوئیم روی این انشاء، ملکیت را اعتبار می

کنیم. در چنین اوضاعی روشن است که لازم نیست تعلیق بیاوریم. یعنی اگر قضیه خارجی شد لزومی ندارد ما تعلیق بیاوریم. حاضر می شویم عند حصول الموضوع و به نحو قطعی اعتبار ملکیت می کنیم. پس لازم نیست دو سنخ ملکیت داشته باشیم. ولكن همیشه موضوع اینطور نیست. عقلاء که نمی توانند همیشه صبر کنند تا موضوعات پدید آید و سپس بیایند بایستند در خانه این دو نفر و هر وقت انشائشان تمام شد بگویند ما اعتبار ملکیت کردیم. اینکه معنا ندارد. پس باید ملکیت را به نحو قضیه حقیقه روی فروض وجود موضوع ببرند، یعنی روی فرض تحقق عقد و تحقق شرائط و آن وقت بگویند ما الان اعتبار داریم.

کلام صاحب منتقی ورد آن

اگر اشتباه نکنم مرحوم صاحب منتقی در یکی از مباحث فقهی یا اصولی می فرمایند می توان اعتبار عقلاء را به نحو اخبار از اعتبار آینده شان تصویر نمود در حالی که اصلاً معنا ندارد. چه اثری دارد که الان اخبار کنند که ما بعداً اعتبار می کنیم. پس موقع اعتبار باید در محل متبایعین حاضر شوند تا هر وقت انشائشان حاصل شد اعتبار ملکیت کنند. باید این باشد دیگر. به چه جهت الان اعتبار نکنند و خبر بدهند که ما آینده اعتبار می کنیم. خب کی اعتبار می کنند؟ باید بگوئیم آنا فآنا در خانه متعاقدين مختلف ایستاده اند و اعتبار می کنند. این حرف که معنا ندارد.

پس اینکه بگوئیم اعتبار عقلاء عند حصول السبب به نحو إخبار از اعتبار آینده باشد، ظاهراً ولو محال نیست ولی واقع نمی شود چون معنا ندارد که در کل مورد مورد ورود کنند. حال که این معنا ندارد پس ما مجبوریم به لحاظ محیط عقلاء اعتبار ملکیت علی تقدیر و علی تعلیق داشته باشیم. یعنی محقق اصفهانی نیز مجبورند دو نحوه ملکیت را بپذیرد ملکیت معلق و ملکیت غیر معلق. پس ما اعتبار ملکیت علی تقدیر هم داریم ولی نه به آن تفسیری که خودشان می گویند که ما یک جور اعتبار بیشتر نداریم و هر وقت موضوع تمام شد عقلاء اعتبار ملکیت می کنند و اگر از محقق اصفهانی بپرسیم که پس این انشائی که متبایعین الان می کنند چیست می فرمایند این انشاء، تسبیب بالفعل ندارد، بل هو امر اقتضائی نسبت به ملک آینده، که ایشان از آن به سبب اقتضائی تعبیر می کرد. چون در واقع این انشاء قدرت تسبیب بالفعل ندارد و در صورتی که شرط محقق شود تسبیبش بالفعل می شود لذا هرگاه مجيء زيد محقق شود این انشاء به همراه آن شرط، تسبیب را تمام می کند. ولی قبل از تحقق تسبیبش اقتضائی است.

ما به ایشان عرض می کنیم که بعداً هم ملکیت نمی شود تام باشد، چون ما بعداً نداریم. چون عقلاء نمی توانند بایستند که همه متعاقدين کل واحد واحد با هم ایجاب و قبول بخوانند و شرائط حاصل شود تا کنارشان حاضر شوند و

بگویند ما اعتبار ملکیت کردیم. این معنا ندارد. پس باید به نحو قضیه حقیقه اعتبار کنند، بگویند کما عاقد المتعاقدين بر چنین امری با شرائطی ما اعتبار ملکیت داریم. نه اینکه خبر از آینده بدهند بلکه حالا به نحو قضیه حقیقه اعتبار ملکیت می کنند و می گویند ما اعتبار ملکیت داریم روی چنین عقد مفروض مقدری. و الا خبر از آینده دوباره همان اشکال را دارد.

خلاصه اشکال به محقق اصفهانی

نتیجه این شد که ما علی ای حال به لحاظ وضع خارجی و عملی عقلاء چاره ای جز این نمی بینیم که عقلاء و شارع قضایایشان به نحو قضیه حقیقه باشد. چون شارع هم به نحو قضیه حقیقه حکم می کند، ولو یک مواردی استثناء است مثل اینکه به پیغمبر خطاب کند که نماز شب بر شما واجب است، اینها استثنائات است و الا قضایای شارع هم مانند عقلاء به نحو قضیه حقیقه است. مقصود از قضیه حقیقه نیز اصطلاح منطقی و فلسفی آن نیست، بلکه یعنی حکم علی موضوع مقدر.

ما نمی گوئیم قضیه حقیقه تا مانند مرحوم نائینی مورد اشکال مرحوم امام و دیگران واقع شویم به اینکه قضیه حقیقه در انشائیات نمی آید. به نظر ما همه این بحثها، لفظی است. مراد روشن است، یعنی حکم رفته بر روی موضوع تقدیری فرضی، که لازم نیست الان باشد. معنای قضیه حقیقه ای که اینجا می گوئیم این است. لذا نباید بحثهای اصطلاحی ما را از مسیر بحث به حاشیه برد. مسأله روشن است.

نتیجه بحث

حالا نتیجه این شد که فرمایش محقق اصفهانی به آن شکل نادرست است. ولی در عین حال به نظر من ساختار حرف ایشان صحیح است. یعنی این فرمایش ایشان که تقدیر و تعلیق را به صورت تعلیق در تسبیها تفسیر کنیم حرف درستی است. منتهی انکار ایشان نسبت به اینکه ملکیت معلقه داریم نادرست است، بلکه نتیجه اینها همه ملکیت معلقه است. و نکته مهمتر این است که ما مجبور شدیم یکی از تفسیرهای حرف مرحوم شیخ را بپذیریم. همان تفسیری که محقق اصفهانی در مورد آن گفت «مرّ فسادة قبل الله والعالم»، حالا باید همان چیزی را که ایشان می گوید فاسد است بپذیریم و قائل شویم دو جور ملکیت معلقه و منجزه داریم. بنابراین اینجا دقت حرف مرحوم شیخ و استحکامش نیز روشن می شود.

نتیجه حرف تا اینجا این شد که ما یک بحثی داشتیم که اصلاً ربطی به این مباحث نداشت، این بحث را مرحوم شیخ انصاری و دیگران و مخصوصاً حضرت امام کشاندند به بحث واجب مشروط. محقق اصفهانی و مرحوم سید صاحب عروه نیز به شیخ ره تعریض زدند به بحثهای واجب مشروط ایشان.

بحث اصلی راجع به این بود که برخی در استدلال بر اینکه تعلیق موجب بطلان در عقود است و تنجیز شرط است، به این تمسک کرده اند که الانشاء «لا یقبل التعلیق» یعنی محال است. این بزرگواران پاسخی داده اند که به نظر ما پاسخی درست است، غیر از حضرت امام ره که بحثی در صحت تعلیق در انشاء و استحاله آن در منشأ داشتند بقیه جواب سر راست به اصل حرف داده اند. بحثها کشید به استحاله و امکان تعلیق در انشاء و در منشأ و در تسبیب که بحثش مفصل گذشت. اما سؤال اصلی این بود که هل یقبل الانشاء التعلیق أم لا؟ جواب مرحوم شیخ این بود که انشاء تعلیق بر نمی دارد، ولكن محل بحث اینجا نیست. محل بحث منشأ یا آن مسبب است. مسبب یا منشأ، آن ملکیت است که تعلیق می پذیرد و مشکلی ندارد.

این واقعا جواب متینی است. حالا دقتش این است که بگوئیم مسبب تعلیق می پذیرد. بعضی ها که می گویند منشأ تعلیق می پذیرد، مقصودشان از منشأ همین مسبب است. یک جور اختلاف اصطلاح است نباید در هم خلط شود. پس جواب سر راست به کسی که اینجور استدلال را مطرح کرد این است که استحاله تعلیق در انشاء ربطی به بحث حاضر ندارد. بحث ما که در انشاء نیست در منشأ یا به تعبیر دقیقتر در آن مسبب است و تعلیق در آن تصویر می شود. این ما حاصل جواب مستدل.

جواب دیگر به مرحوم اصفهانی (فرق است بین محال بودن تعلیق و بطلان تعلیق)

ما در طی بحثها جواب دیگری هم دادیم، گفتیم بحث در این بود که تعلیق در عقود از جمله وقف، موجب بطلان است، و هل یشرط فیه التنجیز أم لا. شما می گوئید تعلیق در انشاء محال است، و اثر این استحاله این است که نمی شود انشاء را معلق کنید در حالی که بحث ما این است که اگر تعلیق زدید موجب بطلان می شود یا خیر؟ شما می گوئید نمی شود تعلیق بزیم. وقتی نمی شود تعلیق بزید که نمی توانید بگوئید که موجب بطلان است. موجب بطلان در جایی است که بتوانید معلق کنید و بگوئید موجب بطلان است. شما می گوئید اصلا تعلیق نمی خورد، خب نخورد. بحث در این بود که آیا موجب بطلان است یا نه.

مگر همانطور که در ذیل بحثها عرض شد مقصود این باشد که انشاء تعلیق برنمیدارد چون تعلیق محال است پس مقصود واقع نمی شود بالانشاء، از این جهت می گوئیم باطل است. مقصود واقف یک وقف مقید است به مجیء شهر، و چون تعلیق محال است پس مقصود او واقع نمی شود. از این جهت می خواهید بگویید عقد باطل است. حالا این یک مطلبی است که باید روی آن تأمل کرد. لکن ظاهر استدلالشان از ابتدا ناقص است مگر اینکه اینطور متمیم بشود.

این تمام الکلام در استدلالی که بر تنجیز شده است از باب استحاله تعلیق در انشاء که جوابش با تفصیلش روشن شد.

انشاء الله بحث بعدی در دلیل دوم از ادله ای است که بعد الاجماع محل بحث واقع شده است که استدلال مرحوم صاحب جواهر است. دوستان ملاحظه کنند تا جلسه بعد انشاء الله.

«و السلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۷۰۵
- خلاصه مباحث گذشته ۷۰۵
- دلیل صاحب جواهر بر بطلان تعلیق در عقود: تأخر مسبب از سبب ۷۰۶
- علت خلاف ظاهر بودن تأخر مسبب از سبب ۷۰۶
- اشکال مرحوم شیخ به صاحب جواهر ره ۷۰۷
- عبارات صاحب جواهر در بحث بیع ۷۰۷
- عبارات صاحب جواهر در بحث طلاق ۷۰۹
- تعلیل دیگر صاحب جواهر بر بطلان تعلیق: شرط مخالف کتاب و سنت است ۷۱۰
- تحلیل شرط مخالف کتاب بودن تعلیق ۷۱۰
- اشکال مرحوم شیخ بر صاحب جواهر ۷۱۱
- عبارات مرحوم شیخ در رد کلام صاحب جواهر ره ۷۱۲
- تأملی در تفکیک بین اوفوا بالعقود و دیگر ادله در کلام شیخ ره ۷۱۳

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در ادله بطلان تعلیق در عقود بود. از بحث اشتراط تنجیز در وقف به بحث عام این اشتراط در تمام عقود منتقل شدیم زیرا مرحوم شیخ انصاری و دیگران فرمودند که ادله بطلان تعلیق در تمام عقود و ایقاعات یکسان است و دلیل خاصی درباره برخی از ابواب معاملات وجود ندارد.

استدلال به اجماع و استدلال به اینکه «الانشاء لا یقبل التعلیق» در جلسات گذشته بررسی شد. دلیلی نیز مرحوم صاحب جواهر دارند که در تمام ابواب فقه اعم از عقود مانند بیع و اجاره و وکالت و ایقاعات مانند طلاق جاری است و در این جلسه به تبیین و بررسی آن می پردازیم.

دلیل صاحب جواهر بر بطلان تعلیق در عقود: تأخر مسبب از سبب

بیان ایشان این است که: ظاهر ادله ای مانند «اوفوا بالعقود» این است که مسبب از زمان تحقق سبب حاصل است. در صورتی که اگر یکی از متعاقدين شرطی قرار دهد و تحقق مسبب را معلق بر امری مانند مجيء زيد کند لازمه اش این است که عقد که سبب است حاصل شده باشد ولی مسببش در زمان تحقق سبب نیاید، بلکه منتظر و مراعی بماند تا زمانی که معلق علیه محقق شود و در آنوقت مسبب بیاید. به نظر ایشان این امر خلاف ظاهر ادله عقود است. با کمی دقت معلوم می شود که مرحوم شیخ نیز به همین صورت بیان فرمودند.

علت خلاف ظاهر بودن تأخر مسبب از سبب

اما اینکه مراد ایشان از این خلاف ظاهر چیست. به نظر می رسد همانطور که ایشان ظاهراً در عبارتی به آن تصریح می کنند اشکال این است که این تعلیق، موجب می شود مسببی که به حسب شرع باید بلافاصله بعد از تحقق سببش محقق شود با تأخیر و فاصله حاصل شود و این صحیح نیست. چون معنایش این است که متبایعین یا واقف یا مطلق در کاری که مربوط به شارع است دخالت کنند. زیرا ملازمه مسبب با سبب حکم شارع است و اثری است که شارع بار می کند، و معنا ندارد متعاقدين یا کسانی که ایقاع می کنند با تعلیقشان این کار شارع را تأخیر بیندازند.

پس تالی فاسدی که به نظر ایشان پیش می آید این است که «اوفوا بالعقود» می گوید بلافاصله بعد از تحقق عقد، باید ترتیب اثر داده شود، یعنی چون مسبب آمده باید اثر را بر عقد مترتب کنند در حالی که با تعلیق می خواهند مسبب را مؤخر کنند. و این نادرست است و برخلاف «اوفوا بالعقود» است که می گوید به محض تحقق سبب باید وفاء را مترتب کنید که همان ترتیب اثر دادن به عقد است.

علی الظاهر فرمایش ایشان این است.

اشکال مرحوم شیخ به صاحب جواهر ره

حالا ببینیم از عبارت مرحوم شیخ چه چیزی استفاده می شود. چون معمولاً مرحوم شیخ متعرض فرمایشات صاحب جواهر می شوند و با لحن نه چندان احترام آمیز از کنار آن عبور می کنند. ایشان می فرمایند: «و یتلو هذا الوجه (وجه قبل یعنی عدم قابلیت انشاء برای تعلیق) فی الضعف ما قیل من أن ظاهر ما دل علی سببیه العقد ترتب مسببه علیه حال وقوعه». ظاهر ادله سببیت و تصحیح معاملات یا لزوم معاملات مثل «اوفوا بالعقود» این است که مسبب این اسباب در حال وقوع خود عقد بر آن مترتب می شود.

«فتعلیق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك»^۱.

اینکه ما بگوئیم اثر تعلیق شود و در ترتبش تأخیر از عقد پیدا کند مخالف لذلك. البته مرحوم شیخ نفرموده اند چه اشکالی دارد که مخالف لذلك باشد.

ظاهراً از این جهت است که گوئی اینکه مسبب باید بلافاصله بعد از سبب یعنی عقد بیاید امری مولوی است، «اوفوا بالعقود» امر مولوی است، و متاقدین با تعلیق می خواهند تأخیر بیندازند. در صورتی که به اختیار آنها و در دست آنها نیست که تأخیر بیندازند، پس تعلیق باطل است.

می خواهیم بگوئیم با این عبارت «مخالف لذلك» گوئی می خواهند بفرمایند «مخالف للامر المولوی بترتب المسبب فی الحال علی السبب». شما با تعلیقتان دارید تأخیر می اندازید در حالی که نمی توانید. چرا نمی توانید؟ چون مخالف این امر مولوی به ترتیب اثر است.

عبارات صاحب جواهر در بحث بیع

یکی از جاهایی که صاحب جواهر این مطلب را طرح کرده در بحث شرائط بیع است. اینکه ضابط شرط سائغ در بیع چیست و دلیل وفاء به آن چه می باشد. البته روشن است که شرط در معاملات یعنی التزام فی التزام، لذا ربطی به این بحث ما که شرط به معنای معلق علیه است ندارد. منتهی ایشان در بحث شرط به معنای التزام در ضمن عقد، وارد این بحث می شوند که شرطهایی که معلق علیه است درست نیست و دلیلش را هم بیان می کنند. ایشان چنین می فرماید:

۱ کتاب مکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۳، ص: ۱۷۰

النظر الخامس في الشروط (که متن شرایط است) المذكورة في متن العقد دون ما بعده بل و ما قبله إذا لم يكن بناء العقد عليه، والا فالصحة فيه قوية جدا. و على كل حال فالمراد بها (يعني شرط در ضمن عقد) المرسومة فيه زائدا على الثمن و المضمن على وجه الالتزام (يعني شرط، آن چیزی است که در بیع بیاید فراتر از ثمن و مضمن که مذکور است على وجه الالتزام)، دون التعليق الذي لا اشكال في البطلان معه و إن كان بلفظ الشرط (آن تعلیق اگر بیاید عقد باطل است ولو که عنوانش را به عنوان شرط بیاورد و بگوید مشروطا بكذا، یا شرط کند که بشرط كذا، ولی تعلیق باشد)، من غير فرق بين كون المعلق عليه محقق الوقوع في مستقبل الزمينة أو لا.

آنوقت وارد شده اند در این بحث که چرا تعلیق باطل است. پس ایشان به یکباره از بحث شروط در ضمن معامله وارد بحث علت بطلان تعلیق می شوند. می فرماید:

«لا لأنه ينافي قصد انشاء النقل و الانتقال والرضا بهما، لا مكان منعه (که شاید اشاره به همان نظریه جزم دارد که مرحوم علامه و شهید فرمودند که بحثش را می کنیم) خصوصا بعد مشروعية التدبير والنذر ونحوهما من الانشاء المعلق».

در تدبیر معلق است به اینکه بعد از حیات این عبد آزاد شود. در نذر هم التزام پیدا کرده به انجام چیزی در عهده اش بعد از تحقق شیئی، که ما فعلا کاری به این نداریم و می خواهیم بفهمیم بیان خود صاحب جواهر چیست. می فرمایند:

«بل لأنه (این تعلیق) مناف لما هو المعلوم من الشرع من تسبیب هذه الصیغ و ترتب الآثار علیها بمجرد تمامها، فالتعلیق المقتضى لتأخر الآثار و عدم اعمال السبب مقتضاه مناف لذلك»^۱.

با این عبارت می خواهند بیان کنند که چرا تعلیق موجب بطلان عقد و ایقاع می شود. می فرمایند تعلیقی که مقتضی تاخر آثار است نباید باشد، چون «اوفوا بالعقود» می گوید آثار همین الان باید بار بشود، در حالی که تعلیق موجب می شود که سبب، مقتضایش را اعمال نکند که این خلاف «اوفوا بالعقود» است که می گوید تا عقد آمد مقتضایش باید به دنبالش بیاید. «فالتعلیق مناف لذلك» تعلیق منافات دارد با ترتب مسبب فی الحال علی السبب.

حال پرسش این است که منافات داشته باشد چه اشکالی دارد؟

می فرمایند اشکالش این است که ما مأموریم که به محض تحقق سبب، ترتیب اثر بدهیم و مسبب را به دنبالش بیاوریم. در حالی که با این تعلیق داریم تأخیر می اندازیم و حق چنین کاری نداریم چون در مقابل امر شارع ایستاده ایم. یا

۱ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۳، ص: ۱۹۸

به تعبیر دیگر ما مأموریم به اِعمال سبب در مقتضایش فی الحال، یعنی تا عقد تمام شد، در حالی که لازمه این تعلیق تأخیر است، و این درست نیست.

این یک مورد که صاحب جواهر علت بطلان عقد معلق را بیان فرموده اند و در ادامه مطلبی دارند در مورد اینکه در صورتی اگر در عنوان تعلیق باشد ولی واقعا تعلیق نباشد اشکالی ندارد. که ربطی به بحث ما ندارد.

عبارت صاحب جواهر در بحث طلاق

در بحث طلاق، تعلیق در انشاء را مبطل می دانند. مرحوم محقق در متن شرایط می فرمایند: «و یشرط فی الصیغة تجردها عن الشرط» که مرحوم صاحب جواهر تعبیر کرده اند به «تجردها عن التعلیق علی الشرط» و قید «تعلیق» را اضافه کرده اند.

«و یشرط فی الصیغة تجردها عن التعلیق علی الشرط المتحمل وقوعه نحو «إن جاء زید» و علی الصفة المعلوم حصولها نحو «إذا طلعت الشمس» فی قول مشهور، بل لم أقف فیهِ علی مخالف من بل فی الانتصار و الإيضاح و التنقیح و الروضة و محکی السرائر و غیرها الإجماع علیه» که انشاء طلاق باید خالی باشد از تعلیق بر شرط. «و هو الحجة بعد» یعنی بعد از این ادله ای که می گوئیم اجماع حجت است.

«و هو الحجة بعد ظهور نصوص الحصر»

ایشان ادعا می کند برخی از نصوص دائر بر حصرند در این شکل، یعنی تعلیق نمی شود.

کار به اینجا نداریم. با این عبارت کار داریم که می فرماید:

«و منافاته (یعنی بعد منافاته) لقاعدة عدم تأخر المعلول عن علته» دیگر اینجا مرحوم صاحب جواهر فیلسوف هم می شوند و می فرمایند:

«إذ السبب الشرعي كالسبب العقلي بالنسبة إلى ذلك إلا ما خرج بالدلیل»

می فرماید تعلیق با ترتیب معلول بر علتش منافات دارد.

اگر کسی بگوید اینجا بحث ترتب علت و معلول نیست. عقد که علت واقعی برای مسببش مانند تملیک، نیست. لذا ایشان می فرماید: سبب شرعی با سبب عقلی در این جهت یکی است که وقتی سبب آمد باید مسببش بیاید الا ما خرج بالدلیل مثل تدبیر و نذر و وصیت.

تعلیل دیگر صاحب جواهر بر بطلان تعلیق: شرط مخالف کتاب و سنت است

اینجا یک حرف مازاد بر آن بحث بیع دارند، می فرماید:

«بل هو فی الحقیقة من الشرائط المخالفة للكتاب و السنة و المحللة حراما، ضرورة أنه بعد ظهور الأدلة فی ترتب الأثر علی السبب الذی هو الصیغة فاشترط تأخره إلی حصول المعلق علیه شرعاً جدید أو اشتراط لأمر لا یرجع مثله إلی المشترط و إنما یرجع به إلی الشارع، فلا وجه حیثئذ لدعوی اقتضاء الإطلاقات وعموم «المؤمنون» الصحة»^۱.

ایشان در مقابل اقتضاء اطلاقات می فرماید: ظاهر ادله ای مانند «اوفوا بالعقود» این است که به محض تحقق عقد، مسبب حاصل شود و شما با این شرط دارید یک شرط مخالف با کتاب می کنید. چون ظاهر ادله شرعی این است که بلافاصله مسبب بر سبب مترتب شود در حالی که شما با شرطتان، تأخیر می اندازید در ترتب مسبب؛ لذا این تعلیق، شرط مخالف با کتاب است.

تحلیل شرط مخالف کتاب بودن تعلیق

منتهی واقعا اینکه تعلیق از شرائط مخالف با کتاب است جای بحث دارد. کار ما تعلیق بوده است نه شرط اصطلاحی لذا باید ببینیم شرط مخالف کتاب شامل این موارد نیز می شود؟

نظر مرحوم صاحب جواهر این است که در حقیقت تعلیق نیز شرط مخالف کتاب است: «بل هو فی الحقیقة من الشرائط المخالفة للكتاب».

اشکال این است که شرط مخالف کتاب، شرائط مأخوذه در معاملات است، یکی از متعاقدين در ضمن معامله به صورت التزام فی الالتزام شرط می کند طرف مقابل فلان کار را نیز انجام دهد، مانند اینکه مشتری این مبیع را به احدی نفروشد؛ در این صورت بحث می شود که این التزامی که در ضمن التزام است و مورد پذیرش طرف مقابل نیز قرار گرفت آیا شرط مخالف با کتاب هست یا نه.

چون تمام شروط را مصداق شرط مخالف نمی دانند، عده ای اصلا شرطی که به صورت التزام در التزام نباشد را اصلا «شرط» نمی دانند. لذا یکی از ادله اینکه شروط مقصور باشد به التزام فی ظرف المعاملة یا التزام فی ظرف الالتزام،

۱ جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۲، ص: ۷۸/۷۹

همین است که اصلاً خارج از این دایره، عنوان شرط تطبیق نمی شود. که البته این مطلب قابل تشکیک است و خیلی ها نیز در آن تشکیک کرده اند.

پس عرض ما این است که با وجود چنین تشکیکی در مسئله که اصلاً موارد تعلیق، مصداق شرط نباشد، علی الظاهر شرط مخالف با کتاب نیز ربطی به موارد تعلیق در عقد ندارد که تا بتوانید بگوئید تعلیق از شرائط محله للحرام و مخالف با کتاب است. دایره این شرائط، مربوط به التزام در ظرف التزام است نه چنین تعلیقهای.

بنابراین رکن استدلال صاحب جواهر در این مسأله این است که ظهور ادله ای مانند «اوفوا بالعقود» (البته «احل الله البیع» را نمی گویم چون مرحوم شیخ بحثی در آن دارند که به آن می رسیم) این است که به محض تحقق سبب باید مسبب محقق و مترتب شود.

اشکال مرحوم شیخ بر صاحب جواهر

مرحوم شیخ به چند صورت بر مرحوم صاحب جواهر اشکال کرده اند. که ما نمی خواهیم همه را ذکر کنیم. یک اشکال ساری که هم مرحوم شیخ بیان فرموده و هم طبقه شاگردان ایشان و هم دیگران این است که می فرمایند مرحوم صاحب جواهر در اینجا اشتباه کرده است. مفاد «اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» و ادله تسبیب، حال چه ادله صحت و چه ادله لزوم، جز این نیست که عقد هر چه هست باید به آن وفاء کنیم.

حال اگر این عقد، غیر معلق است، به همین صورت غیر معلق باید به آن وفا کنیم، و اگر معلق است، باید به همین صورت معلق به آن وفاء کنیم. وفاء می رود روی این عنوان عقد هر چه باشد.

اینکه صاحب جواهر می فرماید ظهور این ادله این است که مسبب باید مترتب شود سوال این است که مسبب چیست؟ مرحوم شیخ نیز به این امر دقت کرده اند که مسبب چیست؟

مرحوم شیخ می فرماید: اگر مقصودتان از مسبب، آن مدلول و معنایی است که به انشاء حاصل می شود، آنکه اصلاً قابل تفکیک از انشاء نیست و از واضحات و بدیهیات است که اصلاً جدا نمی شود. و آن معنا همیشه همراه این انشاء هست بلا شبهة و لا ریب.

اما اگر مقصودتان از مسبب آن اثر شرعی مثل ملکیت است که می خواهد مترتب شود، از کجای «اوفوا بالعقود» در می آید که ملکیت هم باید در همان لحظه بر سبب، مترتب شود. این حرف درست نیست.

پس اگر ادعا می کنید که ملکیت منجزه همین الان باید بار شود، ادعای نادرستی است. بلکه ظاهر این ادله این است که مطلق الملكية بار شود. یعنی این سبب لغو نیست و یک چیزی به دنبالش می آید، حال آن چیز چیست؟ مطلق الملكية است. مطلق الملكية اعم است از ملک منجز و معلق. اگر به دنبال انشاء معلق، ملکیت معلقه بیاید، مسببش آمده است. مسبب اینجور عقود معلق، همین ملکیت معلقه است.

عبارت مرحوم شیخ در رد کلام صاحب جواهر ره

فرمایش شیخ این است که می فرماید:

«و فيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لأن دليل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم كاف في إثبات ذلك». (این مطلبی است که ما مستقلاً به آن می پردازیم که وجه تفکیکی که مرحوم شیخ بین «اوفوا بالعقود» با «احل الله البيع» و «الناس المسلمون على أموالهم» می گذارد چیست؟).

«و فيه ... أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إلا مفاد «اوفوا بالعهد» في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد».

ایشان «اوفوا بالعقود» را مانند «اوفوا بالعهد» می داند. همانطور که اگر تعهد کند به انجام کاری معلقاً بر یک امری، ترقب تحقق معلق علیه، یعنی اینکه ما منتظر معلق علیه بمانیم برای تحقق معلق، کسی نمی گوید که این وفاء به عهد نیست. چون اصلاً عقد همین بود، یعنی حصول یک ملکیت معلق بر این امر. این اصلاً مفاد عقد بود. بنابراین اگر ما مترقب بمانیم تا معلق علیه حاصل شود هیچ منافاتی با وفاء ندارد.

دوباره مرحوم شیخ توضیح می دهد، می فرماید: اینکه صاحب جواهر می گوید تا سبب آمد ظهور دلیل این است که مسبب فی الحال بر سبب بار بشود مقصودشان از مسبب چیست؟ «و الحاصل أنه إن أريد بالمسبب هو مدلول العقد - فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها. و إن أريد به الأثر الشرعي و هو ثبوت الملكية، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة».

اثر مطلق بیع یعنی تمام بیع ها اثرشان این باشد که به محض تحقق، به دنبالش یک ملکیت منجزه بیاید، مسببش این باشد، ایشان می گوید ما این حرف را قبول نداریم. اثر مطلق البيع مطلق الملكية است، یعنی یعنی هم می شود ملکیت معلقه باشد و هم ملکیت منجزه باشد. لذا می فرماید:

«فیمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق و إن كان معلقا فأثره الملكية المعلقة مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا...»^۱ این «مع» جواب دیگری است، که ایشان چند اشکال به صاحب جواهر دارند که فعلا خیلی مهم نیست.

پس جواب اصلی این است که مفاد «اوفوا بالعقود» و مفاد ادله دیگر که امضاء سبب است، این است که مفاد مسبب هر چه هست به دنبال سبب می آید. پس مرحوم شیخ می فرماید حرف شما درست که وقتی سبب آمد مسبب باید بیاید، منتهی مسبب، آن مدلول انشاء شما است. اما اگر مقصودتان آن اثر شرعی یعنی ملکیت به صورت منجیز است، نخیر همیشه آن مسبب نیست. ملکیت معلقه نیز مسبب است، لذا ملکیت اعم از معلقه و منجزه باید به دنبال سبب بیاید و تفکیکی در کار نیست تا شما بفهمائید چون یلزم منه التفکیک، پس خلاف مقتضای عقد است، خلاف اطلاق اوفوا بالعقود است پس باطل است.

لذا به نظر مرحوم شیخ فاصله بین سبب و مسبب نمی افتد. چون قبلا هم بیان شد که مرحوم شیخ دو جور ملکیت تصویر می کند، ملکیت معلقه و ملکیت غیر معلقه یعنی من غیر تقدیر یا مطلق، ایشان می فرماید ملکیت معلقه بلافاصله بعد از انشاء عقد معلق بر شیئی حاصل می شود. بنابراین ما جائی نداریم که مسبب از سببش تفکیک شده باشد تا شما بفهمائید که خلاف ظهور ادله است.

این فرمایش ایشان است. و مطلب درستی نیز هست. و دیگران هم تقریباً همین حرف را تکرار کرده اند که این فرمایش صاحب جواهر درست نیست. چون مسبب به معنای حقیقی کلمه دنبالش هست. و اینکه ملکیت منجزه همیشه مسبب نیست.

تأملی در تفکیک بین اوفوا بالعقود و دیگر ادله در کلام شیخ ره

غیر از اشکالات دیگری که مرحوم شیخ بیان می فرمایند بحث مهمی باقی می ماند که مقداری پیچیده است. ایشان می فرمایند: ادله در اوفوا بالعقود منحصر نیست تا شما این حرف را بزنید. بلکه دلیل حلیت و تسلط الناس بر اموالشان کافی است در اثبات اینکه امضاء کند مسبب را و ترتیب اثر بدهد بر مسبب.

۱ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ۳، ص: ۱۷۰/۱۷۱

هر چند مرحوم شیخ تصریح نفرموده اند ولی گوئی می خواهند بفرمایند که در «اوفوا بالعقود» با شما راه می آییم، اما در غیر اوفوا بالعقود که دیگر شما نمی توانید این حرف را بزنید و آن اشکالی که در اوفوا بالعقود هست اینجا نیست. ظاهر حرف شیخ این است. اما این حرف یعنی چه و چه فرقی است بین «اوفوا بالعقود» و بین «احل الله البيع»؟ مرحوم سید می فرماید ما هیچ وجهی نفهمیدیم که چرا مرحوم شیخ بین اینها فرق می گذارد. گوئی می خواهد از صاحب جواهر دفاع کند که ظهور ادله صحت و امضاء، این است که به محض عقد مسبب حاصل است. چه دلیل امضاء «اوفوا بالعقود» باشد و چه «احل الله البيع» یا «الناس مسلطون علی اموالهم». هر چه باشد دلیل صحت و امضاء جز این نیست که وقتی امضاء می کند عقد و بیع و تسلط الناس را، مسبب باید به دنبال این اسباب بیاید. مرحوم سید می فرماید معنایش این است، پس فرقی نمی کند.

ذیل فرمایش شیخ که فرمود «لان دلیل حلیة البيع و تسلط الناس علی اموالهم کاف فی اثبات ذلک». سید ره می فرماید: اقول: «لم افهم الفرق بین قوله تعالی اوفوا بالعقود وقوله تعالی احل الله البيع و نحوه فی الدلالة علی السببية الفعلية من حین صدوره».

می گوید نکته این است که از حین صدور، سببیت فعلیه داشته باشد، چه فرقی می کند احل الله البيع باشد یا اوفوا بالعقود باشد.

می فرماید: «لأن مقتضى حلیة البيع أيضا جواز التصرف و حصول الملكية من حین تحققه (تحقق انشاء بیع) و هکذا فی سائر الادلة. فلا اختصاص لذلك علی فرض صدقه بالآية الاولى»^۱.

«علی فرض صدقه» یعنی ممکن است اصل مطلب را ایشان قبول نداشته باشد که مسبب فی الحال بر سبب بار شود. ولی علی فرض صدقش که مسبب فی الحال بر سبب بار شود، اختصاصی به آیه اولی که «اوفوا بالعقود است» ندارد، بلکه «احل الله البيع» هم همینطور است.

پس به چه دلیل مرحوم شیخ می فرماید «بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة و لزوم فی مثل قوله تعالی اوفوا بالعقود لأن دلیل...»؟ مرحوم شیخ می فرماید ادله صحت و لزوم منحصر به اوفوا بالعقود نیست. خب نباشد. احل الله البيع هم باشد حرف صاحب جواهر می آید. الناس مسلطون هم باشد حرف صاحب جواهر می آید. فرقی با هم نمی کند.

۱ حاشیة المكاسب (للزیدی)؛ ج ۱، ص: ۹۲

این فرمایش مرحوم سید است. وانصافاً در وهله اولی این اشکال به ذهن می رسد. محقق اصفهانی چون ذهن جوالی دارد در ابتدا در دفاع از مرحوم شیخ در تفرقه بین این دو آیه در کیفیت استناد، بحثی بر روی مبنای شیخ می کند، می گوید بر اساس مبنای شیخ تفکیک درست است و باید بین «اوفوا بالعقود» با «احل الله البيع» و «الناس مسلطون» فرق بگذاریم. بعد خود مرحوم اصفهانی می فرماید ولی آن مبانی نادرست هستند. بعد تحقیق را بیان می کنند.

حالا ما جلسه بعد می خواهیم فرمایش مرحوم اصفهانی را بحث کنیم ببینیم درست است یا نه. و چه جوابی ایشان برای کمک به مرحوم شیخ دارد و بعد جواب آن.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۷۱۶
- خلاصه مباحث گذشته ۷۱۶
- پاسخ شیخ انصاری به استدلال صاحب جواهر ۷۱۷
- همراهی مرحوم شیخ با صاحب جواهر در «أوفوا بالعقود» ۷۱۷
- لزوم ارائه تصویر صحیح از وفاء در عقد معلق ۷۱۸
- عدم تصویر صحیح برخی از محل نزاع ۷۱۸
- توجیه نظر مرحوم شیخ توسط محقق اصفهانی ۷۱۹
- عدم پذیرش مبنای شیخ توسط محقق اصفهانی ۷۲۱
- نتیجه بحث ۷۲۲

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در اشتراط تنجیز و بطلان تعلیق در عقود بود. رسیدیم به استدلال مرحوم صاحب جواهر بر اشتراط تنجیز. عبارات ایشان را از جواهر خواندیم. مفاد فرمایش ایشان این بود که ظاهر ادله صحت و لزوم این است که به محض اینکه عقد تمام می شود اثر مترتب است. بدین معنا که متعاقبین ملزمند به ترتیب اثر؛ در حالی که تعلیق با این منافات دارد. ایشان وجه منافات را به صراحت بیان نکرده اند، ولی ظاهراً مراد این است که وقتی شما قائل به تعلیق شوید و بگوئید عند مجيء زید تمليك حاصل می شود، پس بعد از عقد هنوز ترتیب اثر نداده اید و تا زمان تحقق مجيء زید ترتیب اثر یعنی ملکیت را تاخیر انداخته اید. پس با امر به ترتیب اثر مصادف با تحقق سببی که در ادله امضاء مانند «أوفوا بالعقود» آمده مخالفت ورزیدید.

حتی در یک جائی ایشان فرمودند که این امر شبیه مخالفت با کتاب است و این تعلیق شرط مخالف کتاب می شود. در حالی که ما عرض کردیم که معلوم نیست که این شرطی که گفته اند مخالف کتاب است شامل چنین شرطهایی باشد که معلق علیه العقد است.

این فرمایش مرحوم صاحب جواهر بود.

پاسخ شیخ انصاری به استدلال صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری یک جواب سر راست دارند، می فرمایند اگر مقصود شما از مسبب آن چیزی است که به انشاء حاصل می شود؛ بدیهی است که به صرف انشاء حاصل می شود و از آن جدائی نیز ندارد لذا هیچ منافاتی با امر به ترتب اثر ندارد. اگر بایع بگوید: «ملکتک هذا بذاک عند رأس الشهر» این مفاد تملیک و تملکی که مترتب بر حصول راس الشهر می خواهد انشاء شود، به صرف تحقق انشاء، محقق می شود پس تفکیکی حاصل نشده تا شما اشکال کنید.

و اگر مرادتان آن ملکیت است نه مفاد این انشاء بتمامه ایشان می گوید ما قبول نداریم که احل الله البیع و امثال آن (البته اوفوا بالعقود یک نکته ای دارد) مفادش این باشد که به محض اینکه عقد بیع واقع شد ملکیت فعلیه منجزه بار شود. آنچه لازم است این است که مطلق الملكية مترتب شود. مطلق الملكية چیست؟ اعم است از ملکیت منجزه و ملکیت معلقه. لذا اگر ملکیت معلقه نیز مترتب شود «احل الله البیع» تمام است.

این حرف سر راست و درستی است، یعنی ما از ادله تسبیب بیش از این نمی فهمیم که آن مسبب هر چه هست باید مترتب باشد. این پاسخی است که به صورت ابتدائی می توان نسبت به استدلال مرحوم صاحب جواهر مطرح نمود اما با دقت بیشتر به مواردی بر می خوریم که ممکن است دچار مشکل شود. و شاید اینکه ظاهر فرمایش مرحوم شیخ همراهی با مرحوم صاحب جواهر در «اوفوا بالعقود» است به همین سبب باشد.

همراهی مرحوم شیخ با صاحب جواهر در «اوفوا بالعقود»

مرحوم شیخ انصاری فقط در ادله ای مانند «احل الله البیع» و «الناس مسلطون» به ایشان اشکال می کنند نه در «اوفوا بالعقود» لذا مبتنی بر همین استظهار، مرحوم سید به مرحوم شیخ اشکال کردند که اینها با یکدیگر تفاوتی ندارند و اگر بنا باشد استظهار مرحوم صاحب جواهر را در «اوفوا بالعقود» بپذیریم که مسبب باید بلافاصله بعد از تمام شدن سبب بیاید، در «احل الله البیع» و «الناس مسلطون» نیز همین مفاد وجود دارد و باید همین استظهار را بگوئیم.

این مطالب در جلسه گذشته بیان شد، متتبعی محقق اصفهانی تلاش می کنند تا این تفصیل مرحوم شیخ را بر اساس مبانی مرحوم شیخ توجیه کنند و بعد از توجیه، مبانی مرحوم شیخ را مورد سؤال قرار می دهند.

لزوم ارائه تصویر صحیح از وفاء در عقد معلق

البته طرح این بحث ضرورتی ندارد زیرا مطلبی جنبی است. لکن ما قصد طرح آن را داریم نه تنها به این جهت که عبارتی از مرحوم شیخ را حل کنیم. بلکه به این دلیل که بتوانیم تصویر دقیقی از ترتیب اثر ارائه دهیم. اگر مفاد «اوفوا بالعقود» یعنی لزوم وفاء و ترتیب اثر بر عقد بدانیم باید بتوانیم تصویر روشنی از ترتیب اثر در مواردی که سبب، انشاء معلق است و مسبب می خواهد بعد از حصول معلق علیه بیاید بیان کنیم.

به عنوان مثال اگر متبایعین در ساعت ۸ عقد بیعی منعقد کردند و آن را معلق بر مجيء زید کردند در حالی که زید هنوز نیامده است پس در این ساعت ملکیت، فعلی نیست. و آثار ملکیت نمی تواند در ساعت ۸ مترتب شود.

اگر پذیرفتیم آثار ملکیت در ساعت ۸ مترتب نمی شود پس وفای به عقد که به معنای ترتیب اثر بر عقد دانستیم چگونه محقق می شود.

آیه شریفه می فرماید «اوفوا بالعقود» عقد نیز در ساعت ۸ حاصل شده است، شما با این تعلیقی که پذیرفتید وفاء را تعطیل کردید تا زمان آمدن زید. چون وفاء یعنی ترتیب اثر، و در ظرف ملکیت معلق اثری نداریم که بار کنیم. ملکیت معلق یعنی باید صبر کنیم تا معلق علیه که مجيء زید است حاصل شود تا ملکیت بالفعل شود و در آن هنگام آثار ملکیت را بار کنیم. قبل از اینکه مجيء زید محقق شود حداکثر ملکیت معلقه است، تازه اگر این ملکیت معلقه را بپذیریم که ما گفتیم بعید نیست بتوان این نظر مرحوم شیخ را تصحیح نمود.

پس ما یک ملکیت معلق داریم. و بر ملکیت معلق اثری مترتب نیست تا اینکه تبدیل به ملکیت فعلی شود.

عدم تصویر صحیح برخی از محل نزاع

یکی از فقهاء معاصر فرموده اند که ترتیب اثر بعدا هنگام مجيء زید می شود. در حالی که توجه نکرده اند که اگر عند مجيء زید ترتیب اثر می شود پس در حال حاضر که مجيء زید محقق نشده، اثری مترتب نیست پس وفائی نیست، و لذا مناقض «اوفوا بالعقود» است.

اطلاق «اوفوا بالعقود» به لحاظ متعلق یعنی وفاء می گوید این عقد را وفاء کن مطلقاً در طول عمود زمان، قید ندارد که بعد از مجیء زید یا عند مجیء زید باشد. اطلاق دارد و می گوید وفاء به عقد از لحظه ای که عقد تمام می شود واجب است. قید ندارد که از ثانیه بعد، از یک سال بعد، از دو ماه بعد، از شش ماه بعد. هیچ قیدی ندارد. بلکه می گوید عقد که تمام شد یجب الوفاء بالاطلاق.

پس اگر وفاء ترتیب اثر است در جائی که ترتیب اثر قبل از مجیء زید، معنا نداشته باشد، وفاء هم معنا ندارد پس منافات با اطلاق «اوفوا بالعقود» دارد.

من دیدم بعضی از فقهاء آمده اند فرمایش شیخ را همینجور تصویر کرده اند، که وفاء یعنی ترتیب اثر، و ترتیب اثر بر ملکیت منجزه الان است، و بر ملکیت معلقه بعد از آمدن معلق علیه است که ملکیت فعلی می شود. در حالی که توجه نکرده اند که قبل از اینکه معلق علیه بیاید پس ملکیت منجزه نیست پس ما وجوب ترتیب اثر بر ملکیت نداریم، و وقتی ترتیب اثر نشد وفاء، معنا ندارد، پس اطلاق وفاء به هم می خورد. لذا صاحب جواهر حق داشت که بگوید شما به ظهور «اوفوا بالعقود» عمل نکردید و مخالفت کردید.

این واقعا شبهه قوی ای است.

توجیه نظر مرحوم شیخ توسط محقق اصفهانی

محقق اصفهانی راه حلی برای مشکلی که در پاسخ مرحوم شیخ به صاحب جواهر درست شده میدهند با تبیین مبنای شیخ و این زحمت بلا اثر نیست. ایشان می فرماید: اصلاً این استظهاری که از کلام شیخ می شود که بین «اوفوا بالعقود» با «احل الله البيع» و «الناس مسلطون علی اموالهم» اختلاف وجود دارد از این حیث که ظاهر کلام مرحوم شیخ این است که در «اوفوا بالعقود» می شود حرف صاحب جواهر را درست کرد، چون ایشان می فرماید:

«و فيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة وال لزوم فی مثل قوله تعالى اوفوا بالعقود، لأن دليل حلیة البيع و تسلط الناس علی اموالهم كاف فی اثبات ذلک»

بعد از غض از این مطلب که ادله دیگری نیز داریم ایشان می فرماید «أن العقد سببٌ لوقوع مدلوله فیجب الوفاء به».^۱

۱ کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۳، ص: ۱۷۰/۱۷۱

پرسش این است که آیا مرحوم شیخ در این عبارت می خواهند اشکال صاحب جواهر را در «اوفوا بالعقود» بپذیرند، یا اینکه «بعد الغض» می خواهد بگوید یک اشکال این است که شما فقط «اوفوا بالعقود» را دیدید، در حالی که ما «احل الله البيع» و «الناس مسلطون» هم داریم.

خب داریم باید به شرط این باشد که در «اوفوا بالعقود» یک اشکالی باشد، والا این تمیز وجهی نداشت. بعد الغض از این فرموده عقد سبب لوقوع مدلوله، یعنی حتی در اوفوا بالعقود هم همینطور است. این را می خواهند بگویند.

اگر این باشد آنوقت یک اشکالی به نظر می شود وارد کرد، اشکال این است که خب ترتیب اثر یعنی چه؟ در ظرفی که شما ملکیت معلقه دارید و هنوز ملکیت فعلیه نیامده است، اثر ملکیت که نمی توانید بار کنید، پس ترتیب اثر یعنی چه؟ محقق اصفهانی می فرماید^۱: مبنای شیخ در وفاء، ترتیب اثر است. و چون ترتیب اثر است در اوفوا بالعقود قبل از تحقق معلق علیه ما اثری نداریم که ترتیب بدهیم. پس اوفوا بالعقود نمی آید، یعنی اطلاق مضیق می شود و معارض می شود. تعلیق منافات دارد و معارضه دارد با اطلاق اوفوا بالعقود. اما محقق اصفهانی ادعا می کند که در «احل الله البيع» و «الناس مسلطون» مبنای مرحوم شیخ این است که برگشتش به نفوذ انشاء بیع است. «احل الله البيع» می خواهد بگوید که بیع به نظر بایع باید نافذ باشد، «احل الله البيع» دارد آن بیعی را که به نظر بایع هست نافذ می کند. یعنی ایشان «احل الله البيع» را برگردانده به یک امر وضعی، و آن نفوذ انشاء است. می گوید ملکیت علی تقدیر را اگر قبول کنیم دیگر انشاء بی اثر نیست. وفاء را می گوید ترتیب اثر، و در ظرف تعلیق، اثری نیست تا ملک فعلی شود تا اثر بیاید، پس در ظرف تعلیق منافات دارد با وفاء. اما مفاد «احل الله البيع» عبارت است از نفوذ این انشاء. اگر انشاء معلق بود و شما آمدید ملکیت علی تقدیر را قبول کردید یک نحوه نفوذ را پذیرفتید.

بعد ایشان مثال می زند می گوید مثل بیع سلف یا بیع صرف، که می گویند قبل القبض تمام و صحیح نیست. به نظر ایشان این عدم صحت از این باب است که ملکیت منجزه نمی آید نه اینکه این عقدی که کرده اند کأن لم یکن و کالعدم باشد. نه، آن انشاء ذواثر است و بر آن یک ملکیت معلقه بار می شود. و آن ملکیت معلقه در واقع مفاد نفوذ است، پس انشائش نافذ بوده است. بله تنجیز این ملکیت یا عقد یا بیع به این است که آن قبض در بیع صرف و سلم یا سلف حاصل شود و الا قبل از آن، ملکیت تنجیز ندارد.

۱ حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۱، ص: ۲۸۸

پس نتیجه این شد که روی بیان مرحوم اصفهانی بین «اوفوا العقود» و بین «احل الله البيع» و «الناس مسطون» فرق است.

عدم پذیرش مبانی شیخ توسط محقق اصفهانی

ولی مرحوم اصفهانی می فرماید ما این مبانی را قبول نداریم. می خواهد بگوید سید بی دلیل بر شیخ ره اشکال کرد. مرحوم شیخ حق داشت بین اوفوا بالعقود و بین احل الله البيع و الناس مسطون فرق بگذارد. [البته من تردید دارم که این عبارت، فرق گذاشتن هست یا نیست. بعد الغض از این... فرموده أن العقد سبب لوقوع... ظاهراً مرحوم شیخ در اینجا می خواهد همه را جواب بدهد].

مرحوم اصفهانی خودش اشکال می کند و می گوید این مبانی درست نیست. اصلاً چه کسی گفته وفاء یعنی ترتیب اثر تا به این مشکلات روبرو شویم. وفاء یعنی قیام به مقتضای. شما قیام کنید به مقتضای عقد. عقد عهد است، یکوقت شما تعهد می کنید و عهد می کنید که یک کاری انجام دهید، قیام بمقتضای العهد یعنی آن کار را انجام بدهید. اگر شما عهد می کنید که رأس ساعت ۱۰ در این مدرسه حاضر باشید، این عهد را کردید، وفاء به این عهد عبارت است از قیام بمقتضای هذا العهد، مقتضایش این است که این کار را انجام بدهید. عهد خورده به یک فعلی، مقتضای وفاء به این عهد این است که این فعل را انجام بدهید. این روشن است.

اما یکوقتی عهد به نتیجه می خورد. مثل جائی که التزام به ملکیت است. مثل اینکه می گوئیم: «ملکتک هذا بذاک»، اینجا عهد نخورده به اینکه یک کاری انجام دهیم، عهد نخورده به اینکه رأس ساعت پنج اینجا حاضر شویم. بلکه بر می گردد به یک التزام، چون به نتیجه خورده است، به اینکه چیزی ملک شما باشد و آن ثمن ملک من باشد، التزام به این مطلب که نتیجه عمل من است. در واقع این التزام، مفاد عهد است. قیام به این عهد یعنی قیام به مقتضایش این است که این التزام را نگه داشته باشم. عهد اگر خورد به فعل، قیام به مقتضایش این است که این فعل را انجام دهد، اگر عهد خورد به نتیجه، مثل التزام به ملک در مقابل ملک، التزام به اینکه شیئی ملک من باشد و در مقابلش شیئی ملک شما باشد، قیام به مقتضای این عهد این است که من این التزام را به هم نزنم و بر آن باقی باشم.

حال محقق اصفهانی می فرماید: اگر ما ملکیت علی تقدیر را پذیرفتیم مثل شرط نتیجه می ماند، پس یک چیزی داریم که به آن ملتزم بمانیم، پس به همین ملتزم می مانیم.

و بنابراین هم «اوفوا بالعقود» درست می شود و هم «احل الله البيع». همه اش درست می شود. شما اگر ملکیت علی تقدیر را قبول کنید که ظاهر مرحوم شیخ و دیگران هست، و اگر وفاء را قیام به مقتضی بدانید، نه ترتیب اثری که مرحوم شیخ فرموده اند، هم در «اوفوا بالعقود» قیام به مقتضا داریم، چون عهد در ملکیت علی تقدیر به صورت التزام و شرط نتیجه است، باید به این ملکیت علی تقدیر ملتزم باشیم و آن را به هم ننزیم، این می شود وفاء. و هم در «احل الله البيع» معنا دارد، که قبلاً معنا کردند، انشاء بیع عند مجيء زيد یعنی تملیک عند مجيء زيد این معنا دارد، این انشاء نفوذ دارد، «احل الله البيع» فقط معنایش این است که این انشاء نافذ باشد. اگر ما ملتزم باشیم به ملکیت علی تقدیر، نفوذ انشاء است، ولو هنوز ملکیت فعلی نشده باشد، ولو که هنوز آثار شرعی و عقلانی فعلیت ملکیت هم نیامده باشد، همینکه شما ملکیت علی تقدیر را پذیرفتید نفوذ انشاء را پذیرفتید.

پس با ملکیت علی تقدیر روی مبانی آقایان می توانیم هم وفاء را درست کنیم و هم احل الله البيع را. منتهی مرحوم اصفهانی در نهایت می فرماید والتحقیق این است که ما ملکیت علی تقدیر را قبول نداریم.

نتیجه بحث

پس ببینید چطور پیچ و خم خورد. ما توانستیم با یک توجیهی فرمایش مرحوم شیخ در فرق بین «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» را درست کنیم. بعد محقق اصفهانی برمیگردد می گوید آن مبانی ای را که این تفکیک روی آن مبانی می آید قبول نداریم بلکه همه یک کاسه می شوند. ما اگر ملکیت علی تقدیر را پذیرفتیم همه اینها یک کاسه می شوند هم «اوفوا بالعقود» و هم «احل الله البيع» همه جا دارد. بعد دوباره عدول می کنند و می فرمایند بله روی این مبنا درست است منتهی ما ملکیت علی تقدیر را قبول نداریم. ما یک ملکیت منجزه داریم، وانشائی داریم که اقتضاء برای ثبوت ملکیت منجزه را دارد. هر وقت مجيء زيد شد ملکیت بالفعل می شود. دیگر ملکیت معلقه چه معنایی دارد؟

ولی ما یک مرحله دیگر روی حرف محقق اصفهانی داریم. قبلاً بحث کردیم و گفتیم ثبوتاً که می شود تصویر کرد. دو سه احتمال بود. ملکیت معلقه می تواند در کنار ملکیت منجزه از اعتبارات عقلانی باشد، و بعید هم نیست این باشد.

بلکه ما باید ملتزم باشیم به ملکیت معلقه. چرا؟ برای اینکه عرض کردم که احکام عقلانی که روی امضاء انشاءات می رود یعنی انشاء موضوع برای بنائات عقلانی به امضاء قرار می گیرد، موردی و جزئی نیست. عقلاء به نحو قضیه حقیقه می گویند، و در این قضایای حقیقی لباً یک جور تعلیق و تقدیر وجود دارد. پس ما باید ملکیت معلقه و مقدره را بپذیریم.

لذا نتیجه این بحث این می شود که: به نظر ما بعد از پذیرفتن ملکیت معلقه، هم «اوفوا بالعقود» اثر دارد، اثرش هم بلافاصله می آید، که اثرش ملکیت معلقه است، و هم «احل الله البيع» و هم «الناس مسلطون». ولذا فرمایش صاحب جواهر علی الظاهر تمام نیست.

این تمام الکلام در بحث استدلال صاحب جواهر بر بطلان تعلیق.

یک استدلال دیگر اینجا می ماند و یکی دو تا تنبیه. آن استدلالی که می ماند فرمایش مثل مرحوم علامه و شهید ثانی و محقق ثانی است که اینها تعلیق را در پناه جزم در انشاء معنا می کنند و استدلال بر آن می کنند. باید بینیم آیا صغرویا و کبرویا جزم به یک مضمون حین الانشاء لازم است یا نه؟ آیا ما باید جازم باشیم به نقل و انتقال، یا لزومی ندارد؟ انشاء الله جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف ۷۲۴
- خلاصه گذشته ۷۲۴
- مسأله ۲۳: وقف بعد الموت ۷۲۵
- محتملات در «هو وقف بعد موتی» ۷۲۵
- سابقه تاریخی بحث ۷۲۶
- تفکیک بین دو تعبیر در کلام مرحوم علامه ره ۷۲۶
- بطلان وقف مشروط به موت از نظر مرحوم علامه به جهت تعلیق ۷۲۶
- انتخاب صحت از جانب فخر المحققین ره ۷۲۷
- انتخاب بطلان از جانب محقق کرکی ره ۷۲۷
- وجود شق سوم در بحث ۷۲۹
- قول به صحت این وقف از سوی برخی از معاصرین ۷۲۹
- عدم بطلان وقف معلق در کلام آیت الله فیاض ۷۳۰
- تفاوت تعلیق در انشاء با تعلیق در منشأ در نظر آیت الله فیاض ۷۳۱
- نظر مشهور به بطلان تعلیق در منشأ ۷۳۱
- خلط بین شرط و موضوع در کلام آیت الله فیاض ۷۳۳
- بررسی بحث اثباتی در کلام ایشان و تصحیح آن ۷۳۳

مسئله ۲۲: اشتراط تنجیز در وقف

خلاصه گذشته

لازم است در ابتدای این جلسه اعتداری داشته باشیم از تأخیری که در ادامه بحثها پیش آمد. هم اشتغالات متعدد و هم مقداری عوارض و کسالت جسمی باعث شد فاصله معتناهی پیش آید. لذا هم از دوستانی که درس را پی گیری می

کنند عذرخواهی می کنیم و هم از خداوند متعال طلب توفیق می کنیم تا بتوانیم لااقل بخشی از این عقب ماندگی را جبران کنیم.

بحث ما در مسائل وقف در مسئله ۲۲ تحریر یعنی بحث تعلیق در وقف بود. بحث تمام نشد منتهی عمده مطالب بحث گذشت و ما دیگر نمی خواهیم آن بحث را ادامه بدهیم. قصد ما این بود که به صورت جامع مطالبی را که در کتاب البیع مرحوم شیخ و محشین آمده بود بحث کنیم که متأسفانه برخی از فروع و نکات بحث باقی ماند.

مانند استدلالی که مرحوم علامه به لزوم جزم برای بطلان تعلیق در معاملات مطرح کرده است و همچنین برخی از نکاتی که در خود تعلیق مطرح است، انحاء تعلیق، و نکات متفرعی که در بحث پیش آمده بود. منتهی اصل بحث ما در آنجا تمام شده است. به نظر ما تعلیق در وقف همانند تعلیق در برخی معاملات دیگر موجب بطلان است، و عمده دلیل نیز اجماع است که ما به تفصیل آن را بحث کردیم. بعد وارد بیان و بررسی ادله ای شده بودیم که مرحوم شیخ انصاری رحمه الله علیه تا حدی آنها را استقصاء کرده و به عنوان ادله ضعیفی که بر بطلان تعلیق در معاملات ارائه شده است معرفی نموده بود. بحث در این ادله بود و گر نه ما دلیل اصلی در مقام را که اجماع است تحکیم کردیم. هم کلمات قوم را آوردیم و بحث کردیم و هم این شبهه را که این اجماع محتمل المدرک است بحث کردیم و اثبات کردیم این اجماع حتی اگر احتمال مدرکیتش باشد احتمال مدرک، مانع از حجیت این اجماع نیست؛ لذا این مساله به نظر ما تمام است.

مسأله ۲۳: وقف بعد الموت

مسئله بیست و سوم راجع به وقف بعد الموت است، که از یک جهت به مسئله قبل ارتباط دارد ولی نکات جدید هم دارد.

مسئله ۲۳: لو قال هو وقف بعد موتی فإن فهم منه أنه وصية بالوقف صح، و الا بطل.^۱

محتملات در «هو وقف بعد موتی»

اگر کسی گفت که این ملک، این خانه یا این باغ، بعد از موت من وقف است. اگر از این تعبیر که بعد از موت من وقف است فهمیده شود که وصیت به وقف می کند یعنی وصیت می کند که بعد از مرگش بازماندگانش آن را وقف کنند.

۱ تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۶۷

این مصداق وصیت عهدیه است در مقابل وصیت تملکیه که بحثشان خواهد آمد لذا این وصیت وارد در کبرای وصیت عهدیه از نوع مالی که قانونش تنجیز در ثلث و اجازه از ورثه در مازاد می باشد.

اما اگر از این تعبیر که «هو وقف بعد موتی» وصیت به وقف فهمیده نشود بلکه ظاهرش این باشد که مالک در زمان گفتن این جمله، وقف معلق بر موت می کند، یعنی دارد وقف می کند این مال را مشروط به تحقق موت. در این صورت گفته اند وقف باطل است.

سابقه تاریخی بحث

این مساله از زمان مرحوم علامه مطرح بوده و در کتب مختلف ایشان و کتب محشین بر کتب ایشان مانند مرحوم فخر المحققین و محقق کرکی در شرح قواعد مطرح شده است و اکثرا نیز آن را از باب تعلیق در معامله باطل دانسته اند.

تفکیک بین دو تعبیر در کلام مرحوم علامه ره

مرحوم علامه یک اختلاف در تعبیر نیز دارد به این معنا که اگر واقف بگوید «هو وقف بعد موتی» ایشان این دو احتمال را مطرح کرده اما اگر واقف بگوید «وقف بعد موتی کذا» آن را مصداق وصیت به وقف دانسته است. که این خود بحثی اثباتی می طلبد که ما نمی خواهیم وارد آن شویم.

ایشان در تحریر می فرماید: «ولو قال وقف بعد موتی کذا، کان وصیة بالوقف یخرج من الثلث (که البته این یک ادعای اثباتی است)، ولو قال هو وقف بعد موتی ففی کونه وصیة بالوقف صحیحة أو وقفا مشروطا بالموت باطلا نظر»^۱.

بطلان وقف مشروط به موت از نظر مرحوم علامه به جهت تعلیق

مرحوم علامه می فرماید اگر بگوید «هو وقف بعد موتی» - که عبارت محل بحث در تحریر الوسیله مرحوم امام رحمه الله نیز همین است - اختلاف است که آیا این وصیت به وقف است تا صحیح باشد، یا وقف مشروط به موت است که باطل باشد. البته ایشان در اینجا فرموده اند که سبب بطلان تعلیق است، ولی ایشان در برخی از کتب دیگر اشاره کرده است مانند کتاب تذکره که شاید بتوان تعبیر تعلیق را از آن استفاده کرد.

۱ تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحديثه)؛ ج ۳، ص: ۲۹۶

ایشان در تذکره فرموده اند: «لو قال وقف داری هذه على المساكين بعد موتی فإن قصد الوصية صح فی الثلث، و إن قصد الوقف و علقه بالموت كان باطلا»^۱.

از تعبیر «علقه بالموت كان باطلا» فهمیده می شود که از باب تعلیق باطل است.

ایشان در قواعد دو وجه را ذکر کرده و تصریح کرده است که وجه بطلان، تعلیق است.

می فرمایند: «ولو قال هو وقف بعد موتی احتمال البطلان لانه تعلیق (اینجا تصریح می کنند که از باب تعلیق، باطل است)، و الحكم (طرف دیگر تردید است) بصرفه الى الوصية بالوقف»^۲.

اگر بگویید بعد از موت من، وقف است احتمال دارد بطلان از باب اینکه وقف معلق است، و احتمال دارد حکم به صرف این مضمون به وصیت به وقف، که صحیح است.

انتخاب صحت از جانب فخر المحققین ره

فخرالمحققین می فرماید: در این تردید وجه دوم، اولی است که صرف کنیم این عبارت را به وصیت به وقف. ایشان قائل شده اند که این تعبیر برای وصیت کردن تعبیر شایعی است. می فرمایند: «أقول: لانه ابلغ من قوله قفوا هذا بعد موتی، و لاستعماله فی الوصية كثيرا و هو الاصح، لانه تصرف مالی معلق بالموت و هذا معنی الوصية»^۳.

انتخاب بطلان از جانب محقق کرکی ره

محقق کرکی در این دو احتمال، احتمال اول را تقویت می کند و لذا این وقف را باطل می داند. ایشان می فرماید: «لا ريب أنه لا يراد بهذه الصيغة الخبر قطعا، فبقی أن يراد بها الانشاء، و هي بنفسها إنما يدل مطابقة على انشاء الوقف بعد الموت بهذه الصيغة المأتی بها الان و ذلك يقتضى البطلان»

۱ تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)؛ ص: ۴۴۵

۲ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۳۹۰

۳ إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۲، ص: ۳۸۵

می فرماید وقتی شخصی می گوید «هو وقف بعد موتی» نمی خواهد با این جمله خبر بدهد از اینکه این مال در آینده، وقف است. پس واضح است که این جمله در مقام انشاء است حال اگر ما به این صیغه به عنوان انشاء نگاه کنیم، مدلول مطابقی اش انشاء وقف است با این صیغه از حالا برای بعد موت، یعنی مشروطا بالموت؛ و این مقتضی بطلان است. چرا؟:

«لاخلاله بكون الصیغة سببا تاما في حصول الوقف، بل يكون لحصول الموت دخل في ذلك و ذلك معنى التعليق فيكون باطلا».

زیرا اگر الان دارد انشاء می کند وقف را منوطا بالموت، یعنی انشائش برای سببیت در وقف، تام نیست، بلکه موت هم جزئی از سبب است، و می گوید این همان معنای تعلیق است، و تعلیق هم موجب بطلان است. تصریح می کند که «وذلك معنى التعليق فيكون باطلا». از باب تعلیق باطل است. بعد فرموده اند:

«لان العقود إنما تصح إذا كانت سببا تاما في انشاء ما يطلب بها و الا لم يترتب عليها اثرها و ذلك هو معنى البطلان».^۱

که حالا این بحث قبلا در تثلیثی که مرحوم علامه در بحث تعلیق آوردند گذشت و دیگر به آن نمی پردازیم.

نتیجه این که مرحوم صاحب جامع المقاصد درباره عبارت «هو وقف بعد موتی» در دوران بین اینکه عبارت در مقام انشاء معلق باشد تا باطل باشد یا در پی وصیت به این باشد که بعد از موتم وقف کنید؛ شق اول را می پذیرد و می گوید عبارت ظهور در در انشاء معلق دارد که به خاطر تعلیق باطل است.

بنابراین یک رکن این بحث متوقف بر بحث مساله سابق است که آیا تعلیق در وقف موجب بطلان وقف است یا خیر؟ ما که تعلیق را به خاطر اجماع باطل دانستیم در مواردی که در عبارت دو احتمال وجود داشته باشد مانند تعبیر متن تحریر «هو وقف بعد موتی» اگر از عبارت وصیت به وقف فهمیده شود، وقف صحیح است ولی اگر عبارت را بر حسب همین قرائنی که در کلمات فقهاء هست ظاهر در انشاء وقف معلقا بر موت بدانیم مصداق وقف معلق می شود و وقف معلق نیز حسب مبنا باطل است.

۱ جامع المقاصد في شرح القواعد؛ ج ۹، ص: ۳۷/۳۸

وجود شق سوم در بحث

خب اگر این دو شقی باشد که تقریباً کلمات قوم همه اش همین دو شق است، ما یک بحثی داریم که انشاءالله جدا مطرح می کنیم که یک شق ثالثی هم وجود دارد که به این توجه نکرده اند، ما در بحثهای سابق آوردیم، و مرحوم سید صاحب عروه هم به یک تناسبی در بحثهای قبلترش این را آورده بود، که عرض می خواهم کنم شق سوم وجود دارد که وقف به نحو واجب معلق باشد، نه مثل واجب مشروطی که آقایان تصویر کردند. منتهی او اشکال دارد یا ندارد بحثش را باید جدا انجام بدهیم. فقط خواستم در ذهن دوستان باشد که ما یک شق سوم کاملاً قابل طرح داریم که باید بحث او را جدا کنیم. این عبارت «و الا بطل» که در متن آمده عبارت مبهمی است که چرا باطل است؟ آیا از باب اینکه وقف معلق است باطل است، خب ما یک شق سوم می توانیم تصویر کنیم که الان تصویرش می آید، یا نه، مجمل و مبهم گفته است و الا بطل. چون ممکن است شق سوم ما هم باطل باشد، نه از باب تعلیق، بلکه بخاطر نکته دیگری باطل باشد، که حالا بحث می کنیم.

حالا فعلاً در آن دو شقی که مطرح است صحبت می کنیم که اگر وصیت به وقف باشد صحیح است، و اگر وقف معلق باشد باطل است.

قول به صحت این وقف از سوی برخی از معاصرین

همانطور که روشن است بطلان یا صحت وقف معلق در اینجا نیاز به بحث مبنایی در بطلان وقف معلق دارد. ما مبنائاً مانند مشهور فقهاء بلکه مجمع علیه بین ایشان قائل شدیم این وقف باطل است. برخی علمای معاصر این مطلب را قبول نداشتند و فرموده بودند وقف معلق اشکالی ندارد و صحیح است. ایشان در اینجا هم همان را فرموده اند. «و قد عرفنا ما هو الحق و أن الوقف المعلق كالمنجز في الصحة»^۱.

۱ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحة: ۸۲

عدم بطلان وقف معلق در کلام آیت الله فیاض

آیت الله فیاض حفظه الله از دیگر بزرگانی است که در منهاج الصالحین خود، این وقف را صحیح می داند. البته در این متونی که برای من آماده کرده اند دو حرف مختلف به ایشان نسبت داده شده است که شاید هم دقیق نقل نشده باشد. در توضیح المسائل فارسی ایشان آمده:

«اگر بگوید: این مال بعد از وفاتم وقف است صحیح می باشد، ولكن بنابر احتیاط مستحب موقوف علیه با ورثه مصالحه نماید. البته اگر متبادر از آن وصیت به وقف باشد اشکال ندارد و عمل به وصیت هنگام تحقق شرط آن واجب است و باید پس از آن وقف کند»^۱.

اگر متبادر از این عبارت وصیت به وقف باشد با شرائط خاص خودش صحیح است، ولی اگر متبادر از آن وصیت به وقف هم نباشد ایشان می گوید وقف صحیح است.

ایشان در منهاج الصالحین در مسئله ۱۳۱۲ فرموده اند:

«إذا قال هذا وقف بعد وفاتی أو نحو ذلک فهل هو باطل أو لا؟».

بقیه علمای معاصر و قریب به عصر ما همه در کتب فتوائی مطابق همین مطلبی که در وسیله هست و در متن تحریر نیز آمده نظر داده اند که اگر از عبارت، وصیت به وقف فهمیده شود صحیح است والا باطل است. آیت الله وحید حفظه الله، آیت الله سیستانی حفظه الله، مرحوم آقای خوئی و صاحب مستمسک و دیگران همه اینها در منهاجشان و در تعلیقاتشان همین را آورده اند که اگر وصیت به وقف فهمیده می شود صحیح است و اگر تعلیق باشد باطل است. و این فتوی نیز مطابق مبنایشان است چون این بزرگواران در بحث تعلیق در وقف تصریح کرده اند که تعلیق در وقف موجب بطلان است.

۱ رساله توضیح المسائل (فیاض)؛ ص: ۵۱۶

تفاوت تعلیق در انشاء با تعلیق در منشأ در نظر آیت الله فیاض

اما آیت الله فیاض این را نمی گوید. دلیل اینکه عبارت ایشان را می خوانم اجمالهایی است که در عبارات ایشان وجود دارد. می خواهیم بگوییم این مطلب اشکال دارد، و بعد ما در آن بحث انشاء وقف به نحو واجب معلق این را روشن می کنیم. ایشان می فرمایند:

«فهل هو باطل أو لا؟ المشهور بطلانه على أساس أنه يتضمن تعليق انشاء الوقف على الوفاة. ولكنه لا يخلو عن اشكال بل منع، لأن الانشاء فيه لا يكون معلقا بل هو منجز، فإن المعلق إنما هو فعلية المنشأ، نظير من قال: هذا ملك لزيد بعد وفاتي، وقد مر أنه ليس من تعليق الانشاء على الوفاة، فإن المعلق إنما هو فعلية المنشأ و هو الملكية، وعلى هذا فمن قال: داري وقف بعد وفاتي فقد انشأ مفهوم الوقف من الان سواء أكان مفهومه التحرير أم التملك كما في الاوقاف الخاصة، و المعلق إنما هو فعلية المنشأ و لا مانع من ذلك، لأن فعلية كل حكم شرعي معلقة على وجود موضوعه في الخارج، و بكلمة [اخرى] لا يمكن الحكم ببطلان هذا الوقف من جهة التعليق، نعم يمكن الحكم بالبطلان...»^۱

نظر مشهور به بطلان تعلیق در منشأ

به نظر من فرمایش ایشان در اینجا خیلی عجیب است. آن روضه های مفصلی که ما در بحث تعلیق خواندیم، ظاهرا ایشان گریه اش نیامد. آنجا بزرگان مخصوصا کسانی مانند محقق اصفهانی و خود مرحوم شیخ اعلی الله مقامه روشن کردند که انشاء تعلیق بردار نیست چه آن را ایجاد المعنی بدانیم در وعاء مناسب با آن یا به معنای ایجاد المعنی بالعرض بوجود اللفظ یا آن را اعتبار عقلائی بدانیم که ما در جلسات گذشته چهار مبنا را در حقیقت انشاء توضیح دادیم. در هر صورت انشاء، تعلیق بردار نیست بلکه امرش یدور بین الوجود و العدم.

پس بحث از اساس در منشأ است نه انشاء. محقق نائینی این را به بیان خود روشن کرد و محقق اصفهانی نیز به بیانی توضیح داد. مرحوم شیخ نیز به بیانی روشن فرمود. حالا آیت الله فیاض می فرمایند که اینجا تعلیق در انشاء نیست تعلیق

۱ منهاج الصالحین (للفیاض)؛ ج ۲، ص: ۴۳۸/۴۳۹

در منشأ است. اصلاً اشکال در تعلیق در منشأ است. انشاء که تعلیق بردار نیست تا ما بحث کنیم که انشاء آیا تعلیقش موجب بطلان است یا نه.

ما در آنجا تصریح کردیم همینکه می گوئیم «انشاء» روشن می شود تعلیقش محال است، و بر این اساس دیگر بی معناست بپرسیم: تعلیق در انشاء هل یوجب البطلان أم لا. زیرا تعلیق در انشاء وجود ندارد تا بگوئیم موجب بطلان است یا نه.

بحث بر سر صحت بیع به حمل شایع است نه انشاء البیع. یعنی همان فعلیت مُنشئ که منوط شده است به «موت» در اینجا و به «مجیء زید» در مثالهایی که قبلاً بیان شد. بر سر صحت بیع و صلح و وقفی که منشأشان یعنی به حمل شایع این عناوین، منوط شده به مجیء زید یا مجیء رأس الشهر یا مجیء موت، بحث بر سر همان است. و همان است که اجماع می گوید باطل است. حالا شما می فرمائید که این حرف مشهور اشکال دارد چون تعلیق به انشاء برنگشته است، و این خیلی عجیب است زیرا آنها نیز همین منشأ معلق را باطل می دانستند.

ایشان در ادامه می فرمایند: اگر کسی بگوید «داری وقف بعد وفاتی» انشاء کرده مفهوم وقف را از الآن چه مفهومی تحریری باشد و چه تملیکی. بله، انشاء کرده است مفهوم را از الآن، منتهی الان فقط انشاء محقق شده و منشأ بعد از تحقق شرط، محقق می شود و تمام بحث تعلیق که می گوئیم اجماع بر بطلان آن داریم بر سر همین منشأ تعلیقی است، و الا انشاء که واضح است وقتی تعلیق بردار نیست قابل بحث نیست.

گرچه برخی از اعلام مانند حضرت امام قدس سره الشریف در تقریر محل نزاع بحث را بر سر انشاء نیز برده اند، ولی در مباحث سابق عدم صحت این مطالب بیان شد. عرض کردیم که عبارات ایشان در این بحث خیلی مبهم و مجمل است و مشکل ساز شده است. ایشان به تفصیل توضیح داده اند که اگر بحث سر انشاء باشد چه می شود و اگر سر منشأ باشد چه نتیجه ای دارد؛ ولی انشاء را خود همین بیع و شراء گرفته اند. که این حرفها خیلی اجمالاً عجیبی داشت و ما همانجا اشاره کردیم.

پس عرض ما این است که وقتی ما می گوئیم «داری وقف بعد وفاتی» بنابر اینکه این جمله را به وصیت بعد از موت حمل نکنیم، بلکه بگوئیم با این جمله می خواهیم خانه را بعد موتمان وقف کنیم از همین الان داریم انشاء وقف می کنیم و این قابل بحث نیست. اما بحث این است که منشأ این انشاء ما معلق است، و آیا چنین منشائی صحیح است یا خیر؟

خلط بین شرط و موضوع در کلام آیت الله فیاض

ایشان می فرمایند: «و لا مانع منه، لأن فعلية كل حكم شرعی معلقة على وجود موضوعه فی الخارج».^۱ و این از عجائب است، اولاً به لحاظ منطقی فرق اساسی است بین موضوع و بین شرط. این را ما به صورت مفصل در واجب مشروط آوردیم اگر دوستان خواستند، مراجعه کنند. گرچه در بحث احکام شرعی برخی مانند مرحوم نائینی می گویند شرط به موضوع برمی گردد و آنچه که در موضوع هست به نحو شرط است. ولی این حرف به لحاظ دقی و منطقی حرف صحیحی نیست. شرط مانند حیث تعلیلی است و غیر از موضوع است و این را مفصل در آنجا بحث کردیم.

علاوه بر این، حالا بحث در اجماع است. و مجمعی که همین فقهاء باشند بین شرط و موضوع فرق گذاشته اند. مثلاً اگر موضوع را مکلف بدانیم ولو حکم به مکلف اناطه داشته باشد باز بین آن و بین مجیء رأس الشهر فرق گذاشته اند. پس درست است که موضوع هم لبا یک نحوه اناطه درست می کند، ولی آن چیزی که مورد اجماع است این است که اگر عاقد، منشأش را به مجیء شهر معلق کند اشکال دارد ولی نسبت به موضوع گرچه در مثل مکلف و مانند آن نیز یک نحوه اناطه ای وجود دارد ولی اشکال ندارد و ما باید ببینیم میزان دلیل ما یعنی اجماع به چه مقدار دلالت بر بطلان می کند.

بنابراین اینکه ایشان می گوید منشأ، معلق بر وجود موضوع است، هم به لحاظ فنی حرف نادرستی است زیرا شرط غیر از موضوع است و هم به لحاظ استدلال و میزان دلالت دلیل حرف نادرستی است. ادله مستدلین که عمده اش اجماع است ناظر به شروطی مانند مجیء رأس شهر است نه عنوان «المکلف».

بررسی بحث اثباتی در کلام ایشان و تصحیح آن

بله ایشان بحث دیگری دارند و میفرمایند:

«نعم يمكن الحكم ببطلانه من جهة قصور دليل الوقف عن شمول مثله في مقام الاثبات (از جهت اینکه ممکن است بگوئیم دلیل وقف همچنین وقفی را نمی گیرد، یعنی دلیل اثباتی نداریم)، فصحته في هذا المقام بحاجة الى دليل خاص و هو غير موجود. و من هنا يفترق عن الوصية التملیكية و العهدية والتدبير دون الوقف هنا.»

^۱ همان

چون وصیت تملیکی هم یک جور تملیک منوط به موت است. وصیت عهدی هم یک جور انشاء منوط به موت است. و تدبیر هم که بگویند «انت حر دبر وفاتی» این هم یک جور عتق عبد است که منوط به موت شده است. ایشان می گویند فرقی این است که ادله وصیت و تدبیر شامل این موارد می شود ولی ادله وقف این موارد را نمی گیرد.

منتهی یک بحثی با ایشان باید کرد که بله ما هم همینها را می گوئیم، ما قبلا گفتیم در ادله وقف، دلیل مطلق نداریم مگر بتوانیم مواردی را با قدر متیقن به بناء عقلاء یا قدر متیقن از روایات و اینها بفهمیم، وگرنه اطلاقاتی در باب وقف نداریم. خوب باید به ایشان گفت اینکه بگوئیم صحته فی هذا المقام بحاجة الى دليل خاص یعنی چه؟

می خواهیم بگوئیم اینجا خصوصیتی ندارد، یک وقت است که شما کلا اطلاقات وقف را قبول ندارید مثل ما، خوب بله، هم اینجا دلیل می خواهیم و هم جاهای دیگر دلیل می خواهیم. چون وقتی اطلاق نداشته باشد هر جا که جزء قدر متیقن دلیل شرعی یا دلیل عقلانی نباشد باید رفع ید کنیم. اینکه اینجا بخصوصه می گویند دلیل خاص می خواهد این از چه باب است؟ پس عرض ما این است که شما اگر در همه جا می فرمائید نیاز به دلیل داریم، بله ما هم قبول داریم، ولی اگر مقصود این است که در خصوص وقف بعد الموت اینطور است، انصافش این است که اینجا دیگر ما نمی توانیم این حرف را بزنیم که در اینجا بخصوصه ما دلیل می خواهیم.

پس نتیجه اینکه ما علی القاعده این حرف را قبول داریم که در باب وقف ما ادله خاصی نداریم که وقف منوط را تصحیح کند، بلکه وقف منوط، به ادله ای که ما در تعلیق آوردیم باطل است. ایشان می گویند ما در اینجا دلیل نداریم. ولی اشکال این حرف این است که نسبت به وقف بعد از موت اگر اناطه اش را کنار بگذاریم چه خصوصیتی دارد؟ مثل بقیه موارد وقف است که شما تصحیح کردید. وجهش چیست؟ عمده تشکیک در این وقف از باب تعلیق است، و تعلیق را هم ما باطل می دانیم، ولی شما که تصحیح فرمودید دیگر چرا اشکال می کنید.

هذا تمام الكلام در این مسئله. البته ما در اینجا بحثهای متعدد دیگری داریم که انشاء الله خواهد آمد.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسأله ۲۳: وقف بعد الموت ۷۳۶
- خلاصه بحث گذشته ۷۳۶
- وجه آیت الله قمی برای بطلان وقف بعد از موت: مال، بعد از موت، ملک میت نیست ۷۳۶
- پاسخ برخی فقهاء معاصر: ملکیت در زمان عقد کافی است ۷۳۷
- عدم صحت پاسخ: ملکیت در زمان تحقق وقف به حمل شایع لازم است ۷۳۸
- صحت کبرای اصطیادی «لا وقف الا فی ملک» ۷۳۸
- عجیب بودن ادعای کفایت ملکیت در زمان عقد ۷۳۹
- تفصیل مرحوم آیت الله فاضل: صحت شرط فعل و بطلان شرط نتیجه ۷۳۹
- بررسی بطلان شرط نتیجه ۷۴۰
- بیان مثالهایی برای شرط نتیجه و شرط فعل ۷۴۰
- ثمرات متفاوت شرط فعل و شرط نتیجه ۷۴۱
- عدم پذیرش شرط نتیجه توسط مرحوم آیت الله خوئی و مرحوم والد رحمهما الله ۷۴۲
- نظر مختار: صحت شرط نتیجه در سببتهای عقلائی ۷۴۲
- پذیرش شرط نتیجه به صورت مطلق توسط آیت الله وحید حفظه الله ۷۴۳
- بیان اجمالی اقوال در صحت شرط نتیجه ۷۴۳
- ابهام در عبارت آیت الله فاضل ره ۷۴۴
- پاسخ آیت الله سبحانی به اشکال در شرط نتیجه ۷۴۴

مسألة ۲۳: وقف بعد الموت**خلاصه بحث گذشته**

بحث ما در مسئله ۲۳ تحریر بود که اگر کسی نسبت به مالی بگوید «هو وقف بعد موتی» فإن فهم منه انه وصية بالوقف صح و الا بطل.^۱

بیان شد که در کلمات فقهای مانند مرحوم علامه حلی و ناظرین به کلام ایشان و فقهاء متاخر از ایشان دو شقش این مساله به این ترتیب ذکر شده است که اگر این عبارت منصرف شود به وصیت به وقف، صحیح است و ورثه در صورت وجود شرائط باید به آن عمل کنند و گرنه باطل است.

از ظاهر فرمایش مرحوم علامه و برخی فقهاء دیگر که در جلسه قبل خوانده شد برمی آید که «و الا» را این صورت می دانند که وصیت به وقف نباشد بلکه وقف از همین حالا باشد البته مشروط به موت؛ که در این صورت مصداق وقف معلق می شود و تحت کبرای وقف معلق قرار می گیرد و ما تعلیق در وقف را به صورت مفصل بحث کردیم.

برخی تلاش کرده اند که وقف معلق را تصحیح کنند، به نظر ما اجماع، تمام است و وقف معلق باطل است کما اینکه مشهور بین فقهاء نیز همین است اگر نگوئیم مجمع علیه بین فقهاء است.

وجه آیت الله قمی برای بطلان وقف بعد از موت: مال، بعد از موت، ملک میت نیست

مرحوم آیت الله آقا تقی قمی رحمه الله علیه در کتاب مبانی منهاج الصالحین وجه دیگری را برای بطلان این وقف ذکر کرده اند و برخی دیگر نیز در متن فقهی خود این وجه را به صورت «إن قلت» مطرح نموده و جواب داده اند. مطابق این وجه وقف بعد از موت نه تنها از باب تعلیق باطل است، بلکه نکته ای خاص نیز دارد. زیرا مالی را که ملک واقف است و می خواهد وقف نماید با موت به ورثه منتقل می شود و بعد از موت او دیگر مالک نیست تا بتواند با وقف این مال را از ملک خویش خارج کند حال چه به صورت وقف خاص باشد و بگوئیم به ملک موقوف علیهم منتقل می شود یا وقف عام باشد. در هر صورت چه وقف را موجب تملیک بدانیم و چه موجب تحریر ملک، دیگر میت، مالک مال نیست تا بتواند در

۱ تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۶۷

ملکیت تصرف کند. به تعبیر دیگر قاعده «لا وقف الا فی ملک» معنایش این است که انسان باید مالک باشد تا بتواند وقف کند. و بعد از موت دیگر ملکیتی وجود ندارد تا بخواهد آن را وقف کند. عبارت ایشان چنین است:

«إذا قال هذا وقف بعد وفاتی بطل الا أن يفهم منه الوصية بالوقف فيجب العمل بها فيوقف بعده.» ایشان در وجه بطلان در ذیل مسئله فرموده اند:

«والوجه فيه أن العين تنتقل بعد وفاة الواقف الى الورثة و لا مجال لوقفه من قبل المالك الا أن يرجع الى الوصية بالوقف كما في المتن»^۱.

بحث وصیت به وقف بحث بعدی است که شرائط خودش را دارد. اگر وصیت به فعل وقف باشد تحت کبرای وصیتهای مالی قرار می گیرد که در ثلث ممضاه است و بیش از آن نیز منوط به اجازه ورثه است. اما بحث الان این است که اگر خود این آقا وقف بعد از موت را انشاء کند یک اشکالش تعلیق است، که ما هم قبول داریم، و این وقف را از این جهت باطل می دانیم و عرض شد که ظاهر عبارات فقهاء قبل مانند مرحوم علامه و محشین کلام ایشان نیز این است که این وقف از باب تعلیق باطل است. اما وجه مرحوم آیت الله قمی مطلب دیگری سوای تعلیق است که اگر کسی تعلیق را هم نپذیرد باز این اشکال وارد است. بعد از موت عینی که می خواسته وقف شود به ورثه منتقل می شود و دیگر در ملکیت میت نیست تا بتواند آن را وقف کند. و به نظر ما این وجه خوب و صحیحی است.

پاسخ برخی فقهاء معاصر: ملکیت در زمان عقد کافی است

برخی از فقهاء معاصر این وجه را به صورت اشکال بر صحت این وقف مطرح کرده و پاسخ داده اند. به نظر ایشان همینکه شخص در هنگام عقد مالک عین باشد برای صحت وقف کافی است هر چند هنگام ترتب اثر مالک نباشد. فرموده اند:

«قلنا: إنه يكفي في صحة الوقف كونه مالكا حين العقد و إن كان غير مالک حين ترتب الاثر، و قد تقدم أن الاثر يترتب على العقد المعلق حين تحقق المعلق عليه من دون حاجة الى الانشاء الجديد»^۲.

۱ مباني منهاج الصالحين؛ ج ۹، ص: ۴۵۵

۲ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحہ: ۸۳

عدم صحت پاسخ: ملکیت در زمان تحقق وقف به حمل شایع لازم است

این پاسخ به نظر ما درست نیست و قدری نیز عجیب است. البته بنابر اینکه از این جمله، وقف معلق استفاده کنیم چون آنچه در حال حاضر واقع می شود انشاء وقف است نه وقف به حمل شایع. و متأسفانه در کلمات، بین این دو اشتباه می شود. این عبارت که فرموده اند «و إن کان غیر مالک حین ترتب الاثر». ترتب الاثر در واقع همان وقف بالحمل الشایع است. ما در بحث تعلیق به تفصیل فرمایش مرحوم محقق اصفهانی و دیگرانی که نظرشان قریب به فرمایش ایشان بود آوردیم، که در انشاء معلق، خود انشاء که معلق نمی شود منشأ معلق است. منشأ چیست؟ همین وقف است. و وقف بالحمل الشایع حاصل نمی شود مگر اینکه معلق علیه بیاید. تا معلق علیه آمد تازه می شود وقف بالحمل الشایع. قبلش انشاء وقف است. اگر بخواهیم تنظیر کنیم مثل واجب مشروط است. واجب مشروط قبل از وقت حاصل است، بلکه به معنایی در مورد خداوند از ازل حاصل است. جمله شرطیه «إذا زالت الشمس وجبت الصلاة و الطهور» اگر در مقام انشاء وجوب معلق به زوال و دخول وقت است، قبل از حصول تحقق زوال و حصول وقت، وجوب به حمل شایع وجود ندارد و تنها یک انشاء الوجوب علی عنوان الزوال هست. در وقف نیز به همین صورت است. اگر حالا دارد انشاء می کند «هذا وقف بعد مماتی» الان فقط انشاء وقف محقق شده است و وقف به حمل شایع هنگام موت حاصل می شود.

صحت کبرای اصطیادی «لا وقف الا فی ملک»

ظاهراً کبرای «لا وقف الا فی ملک» به این صورت در هیچ روایتی وارد نشده است لکن یک کبرای اصطیادی است که درست نیز هست. چون وقف یا تملیک است یا تحریر و یا مجعول اصالی، و هر سه منوط به این است که واقف، مالک باشد. البته بحث وقف فضولی بحث دیگری است.

وقف صحیحی که بخواهد تام باشد باید در ملک باشد، چون واقف، مالی را که مالک نباشد نمی تواند از طرف خودش تملیک یا تحریر و فک ملک کند. مگر ولیّ مولی علیه باشد یا از طرف موکل، وکیل در این تملیک یا تحریر باشد که بحث دیگری است. اما اینکه بتواند از طرف خودش آن را محقق کند ممکن نیست. مثلاً اگر وقف را تملیک دانستیم اینکه بتواند تملیک کند یا در صورتی که گفتیم وقف، تحریر ملک است بتواند تحریر ملک کند یا حتی اگر وقف را یک مجعول اصالی با آثار خواص دانستیم که ما نیز همین را پذیرفتیم بتواند آن مجعول اصالی را ایجاد کند، متوقف بر ملک است لذا نتیجه این می شود که تحقق عنوان وقف، جز در ملک ممکن نیست. و اگر شیء در زمان خودش که می خواهد وقف به حمل شایع شود ملک نباشد وقف معنا ندارد. بلکه تنها انشاء وقف است.

عجیب بودن ادعای کفایت ملکیت در زمان عقد

به نظر ما این فرمایش که در صحت وقف، ملکیت در زمان انشاء عقد کافی است بسیار عجیب است. مانند این است که بنابر اینکه بیع معلق را صحیح بدانیم بگوئیم ملکیت در زمان عقد کافی است ولو در زمان حصول امر معلق علیه، بایع، مالک مبیع نباشد. شخصی دو ماه مانده به آغاز سال، منزلش را بیع معلق می کند عند مجيء رأس السنة. نه اینکه شرط فعل باشد برای بعدا، همین الان دارد می فروشد عند مجيء رأس السنة. اما یک ماه بعد یعنی یک ماه مانده با آغاز سال به هر دلیلی این خانه از ملک او خارج می شود مانند اینکه طلبکار منزل را گرفته است. این فرد الان دارد انشاء بیع می کند. اما یک ماه بعدش اصلا خانه دیگر مال او نیست. در این صورت چه چیزی را فروخته است؟!

انشاء که محقق شده و در زمان انشاء، مالک نیز بوده است در این صورت می توان پذیرفت چون در زمان عقد مالک بوده است کافی است. ولو عند مجيء رأس السنة که شرط بیع بوده اصلا مالک نباشد؟ چه چیزی به ملکیت مشتری در می آید؟ هوا؟

پس این فرمایش ایشان که ملکیت حین العقد یعنی حین الانشاء برای صحت وقف کافی است صحیح نیست. مگر ما عنوان لفظی داریم که بگوئیم کافی است؟! وقف حقیقی یعنی مصداق به حمل شایع از وقف، باید در ملک باشد. و در «وقف بعد از موت» اگر حمل بر وقف معلق شود در وقتی که وقف به حمل شایع می شود ملک وجود ندارد لذا اشکال آیت الله قمی بر صحت این وقف درست است و پاسخ داده شده همراه با ساده انگاری مطلب است و صحیح نیست.

البته همانطور که دیروز هم عرض شد تصویر سومی غیر از وقف تعلیقی و وصیت به وقف نیز وجود دارد که فعلا مطرح نمی کنیم و می گذاریم برای آخر بحث تا خلط بین مباحث ایجاد نشود.

تفصیل مرحوم آیت الله فاضل: صحت شرط فعل و بطلان شرط نتیجه

مرحوم آیت الله فاضل در اینجا فرمایشی دارند که قدری مبهم است. فرمایشی نیز آیت الله سبحانی حفظه الله دارند که به نظر می آید ناظر به فرمایش آیت الله فاضل است.

مرحوم آیت الله فاضل این عبارت متن تحریر را که فرموده است اگر از عبارت «هذا وقف بعد موتی» وصیت به وقف فهمیده شود صحیح است را به همین صورت معنا کرده اند ولی عبارت «و الا بطل» را حمل بر شرط نتیجه کرده اند. پس ایشان دو شق متن را به شرط فعل و شرط نتیجه تفسیر کرده اند که به نظرم اجمال دارد. فرموده اند:

«لو قال: «هو وقف بعد موتی» فإن كان المفهوم منه عرفا انه اوصى بالوقف صح، و الا بطل. والظاهر أن المراد الفرق بين صورة شرط الفعل و شرط النتيجة. والوجه فی صحة الاول أنه وصية بأن يوقف و لا مانع منه. بخلاف الثاني، لأن الوقف يحتاج الى سبب كما عرفت»^۱.

صورت اول یعنی صورتی که شرط فعل باشد، وصیت به وقف کند تا ورثه یا وصی بعدا وقف کنند. اوصی بالوقف در واقع یعنی اوصی به یک عمل و فعل وقف کردن. مانند بقیه وصیتهایی که انسان می کند و این اشکالی ندارد. بخلاف الثاني یعنی صورت دوم که شرط نتیجه است، و شرط نتیجه این است که وقف گوئی بدون سبب حاصل شود، و ایشان می فرماید این باطل است، لان الوقف يحتاج الى سبب كما عرفت.

بررسی بطلان شرط نتیجه

بحث شرط فعل و شرط نتیجه بحث مهمی است و ثمرات فوق العاده ای در سراسر فقه دارد. در بسیاری از فروع مطالب را در قالب شرط فعل و شرط نتیجه مطرح می کنند، گاهی به صورت کلی شرط نتیجه را قبول ندارند که برخی از مثالها را بیان خواهیم نمود و گاهی بالاطلاق می پذیرند و گاهی نیز برخی صور را می پذیرند. ما تقریبا بالاطلاق شرط نتیجه را قبول داریم، مگر در جائی که آن شرط نتیجه به این شکل اصلا عقلانی نباشد. توضیح مفصل آن را عرض خواهیم کرد.

بیان مثالهایی برای شرط نتیجه و شرط فعل

حالا مثالهای روشن شرط فعل و شرط نتیجه را مطرح کنیم تا برسیم به این بحث و ببینیم مرحوم آیت الله فاضل می خواهند چه مطلبی بیان کنند و بر اساس آن مطلب آیت الله سبحانی را بررسی کنیم.

در ابتدا چند مثال برای شرط فعل و شرط نتیجه بیان کنیم:

اگر در ضمن معامله بیع، بایع شرط کند که اگر مشتری تا زمان معلومی ثمن را ادا نکند بایع حق فسخ معامله را داشته باشد. در این صورت بایع برای خویش حق انجام فعلی را که فسخ معامله باشد قرار داده است. لذا می تواند حتی در صورت عدم انجام تعهد توسط مشتری و نیاوردن ثمن در وقت مقرر، معامله را فسخ نکند. اما اگر همین شرط را به صورت شرط نتیجه قرار دهد و بگوید اگر مشتری در زمان معلوم ثمن را نپرداخت معامله منفسخ باشد یا منفسخ است.

۱ تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید؛ ص: ۳۷

در هر دو صورت بایع انشاء می کند و خبر نمی دهد لکن در صورت اول انشاء می کند حق فسخ کردن را و با انجام معامله برای او حقی پدید می آید که می تواند آن را اعمال کند و می تواند از آن بگذرد ولی در صورت دوم انشاء می کند فسخ عند تخلف الشرط را. انشاء می کند که در صورت تخلف مشتری، عقد، منفسخ باشد.

در صحت شرط نتیجه بحث مفصلی وجود دارد. در اینکه بتوان ملکیت را با شرط نتیجه حاصل کرد نیز چنین بحثی وجود دارد. اگر کسی خانه اش را بفروشد و در ضمن این عقد شرط کند عبایی را که مشتری مالک آن است به بایع تملیک کند. روشن است که این شرط با وجود شرائط، ممضات است و با اتمام عقد به عهده مشتری می آید که قبا را به بایع تملیک کند در قالب هر آنچه در شرط آمده است چه هبه باشد و چه صدقه یا بیع یا صلح و یا هر عقد دیگری. اما اگر بایع در ضمن معامله شرط کند که عبای مشتری ملک من باشد، نه به وسیله سببی که مشتری به آن، عبا را به بایع تملیک کند مانند هبه یا صدقه و ... بلکه ملک بایع باشد به نحو شرط نتیجه، به طوری که وقتی معامله خانه تمام شد، آن قبا نیز ملک بایع است و به صرف اتمام عقد بیع، ملکیت عبا نیز محقق شود.

ثمرات متفاوت شرط فعل و شرط نتیجه

این مالی که به نحو شرط نتیجه ملکیت آن در ضمن عقدی مانند بیع شرط شده است اگر از اموال متعلق زکات باشد به نفس همین شرطی که بایع می کند و حصول معلق علیه، بایع مالک آن می شود و ممکن است نصاب محقق شود به خلاف وقتی که ملکیت آن را شرط فعل می کند و ممکن است مشتری اصلاً آن را تملیک نکند و بایع مالک آن نشود تا زکات لازم آید. لذا فروع عجیبی پدید می آید. در بحث زکات، مرحوم سید به این تصریح کرده است.

تفاوت بین این دو در نذر نیز خیلی اثرگذار است. در نذر فعل چه به صورت نذر مشروط که غالب نذرهای عرفی به این صورت است که می گوید: «اگر این اتفاق بیافتد یا این حاجت من مانند خوب شدن فرزندم روا شود الله علی التصدق بدرهم» و چه به صورت نذر تبرعی که شرط هم ندارد و به صورت تبرعی می گوید: «الله علی التصدق بدرهم». با تحقق این نذر روشن است که یک فعل به عهده ناذر می آید. مانند صدقه دادن یک درهم یا هر فعلی که متعلق نذر ناذر است.

اما اگر این نذر را به صورت نذر نتیجه انشاء کند مانند اینکه بگوید: «الله علی که اگر فرزندم شفا یافت این درهم ملک زید باشد» نه اینکه در صورت شفای فرزند این درهم را به زید تملیک کند به صدقه یا هبه. در این صورت مصداق نذر نتیجه می شود و بدون نیاز به تملیک ناذر با شفای فرزند این درهم به ملک زید در می آید.

عدم پذیرش شرط نتیجه توسط مرحوم آیت الله خوئی و مرحوم والد رحمهما الله

آنوقت بحث است که آیا ملک به نحو شرط نتیجه، نذر به نحو شرط نتیجه و فسخ به نحو شرط نتیجه درست است یا نه؟ اختلافی است. خدا رحمت کند مرحوم والد ما را، که ملک به نحو شرط نتیجه را نمی پذیرفتند البته در غیر ملک را درست یاد می‌نماید. به ذهنم می‌آید که مرحوم آقای خوئی نیز در بحثهای علمی شان شرط نتیجه در ملک را قبول ندارند زیرا قائلند شرط، مشروع نیست. وقتی در موارد اسباب و مسببات شرط می‌کنید، باید تسبیبش تشریع شده باشد، نه اینکه با این شرط بتوانید تسبیب کنید. لذا در اینجا نیز خیلی‌ها تشکیک کرده‌اند. دیدم آقای سبحانی حفظه الله در شرط نتیجه در نذر، بطلان را مسلم گرفته‌اند همچنین در فسخ مسلم گرفته‌اند که باطل است.

نظر مختار: صحت شرط نتیجه در سببتهای عقلائی

انصافاً اشکالی که این بزرگان به شرط نتیجه می‌گیرند درست نیست. ما که شرط نتیجه را قبول داریم مگر در جائی که اصلاً این تسبیب، عقلائی نباشد، یعنی فرد بخواهد خودش مبدع این تسبیب باشد و گرنه در سببتهای عرفی و عقلائی یعنی مواردی که عقلاء در میان خودشان این تسبیب را دارند، به نظر ما اطلاق شرط وافی است و نیاز به تصحیح شرعیه تسبیب در رتبه سابق نیست. یعنی لازم نیست ما در مرحله قبل تسبیب را شرعاً تصحیح کنیم تا عاقد بتواند آن را شرط کند بلکه اطلاق «اوفوا بالشروط» شامل آنها می‌شود.

پس ما این تسببیهای عقلائی را با اطلاق وجوب وفاء به شرط درستش می‌کنیم. منتهی همانطور که عرض شد لازم است تسبیب، عقلائی باشد نه اینکه خود شخص مبدع آن باشد؛ چون ادله وفاء به شرط شامل این موارد نمی‌شود. حال یا ثبوتاً بالتخصص از تحت ادله خارج است یا این ادله انصراف دارد به آنجاهایی که اگر تسبیب است تسبیب عقلائی باشد، نه تسبیبی که دو نفر در بین خودشان جعل کنند.

مدعای ما این است که در محیط‌های عقلائی همه اینها عقلائیت دارد. عقلاء برای خود این شرط سببیت قائلند. عند العقلاء با این شرط می‌شود مال را تملیک کرد یا معامله را فسخ کرد.

برخی از علمای معاصر در همین کتاب وقفشان فرموده‌اند که این چنین فسخی، نوعی خطاء در تطبیق است. چون شخص می‌خواهد معامله را به نحو شرعی فسخ کند ولی نمی‌داند که با شرط نتیجه فسخ نمی‌شود. بایع به مشتری می‌گوید «اگر پول را سر وقت نیاوردی معامله منفسخ است». ولی اگر بایع را متوجه کنیم که شرط نتیجه باطل است می‌گوید

مقصود من نیز فسخ معامله به همان صورتی است که شما می گوئید من هم می خواهم حق فسخ پیدا کنم و بتوانم اعمال فسخ کنم.

به نظر ما این مطلب صحیح نیست؛ بر خلاف تصور ایشان این کار در بین عقلاء شایع است و نشان می دهد عقلاء شرط نتیجه را نیز از اسباب می دانند و تسبیب حاصل از شرط نتیجه عقلائی است. پس همانطور که عقد بیع و صلح، سبب تملیک است، شرط نتیجه هم سبب تملیک است. این از محالات عالم نیست. عقلاء اسبابی قرار می دهند. و اینکه شارع این سبب را امضاء کرده یا نه با تمسک به اطلاق اوفوا بالشروط به دست می آید.

پذیرش شرط نتیجه به صورت مطلق توسط آیت الله وحید حفظه الله

من یادم هست روی همان ارتکازی که از مرحوم والدیمان داشتیم که نفی می کردند اینجور چیزها را، سر درس آیت الله وحید حفظه الله خیلی بحث می کردیم که شرط نتیجه درست نیست، اما ایشان اصرار داشتند که شرط نتیجه به اطلاق درست است و ما بعد حرف ایشان را پذیرفتیم. حرف ایشان به نظر من درست است. بله یادم نیست که این قیدی که ما الان می گوئیم ایشان گفته باشند که شرط نتیجه با اطلاقات اوفوا بالشروط درست می شود به شرط اینکه در محیطهای عقلائی این شرط را سبب بدانند. و ما ادعایمان این است که این سببیت عقلائی در مانند فسخ، نذر، و ملک هست و عقلاء همین کار را می کنند. خانه را می فروشند و در ضمنش شرط می کند که مالی خاص از مشتری، ملک بایع باشد. بایع شرط می کند که آن ماشین کشاورزی مال من باشد. عقلاء می گویند با همین شرط وقتی عقد بیع تمام شد این ماشین کشاورزی ملک بایع می شود. در نذر هم همینطور است، نذر می کند که شیئی خاص ملک او باشد، همین کافی است. نه اینکه لازم باشد نذر فعل شود.

بیان اجمالی اقوال در صحت شرط نتیجه

البته بعد می خوانیم عده زیادی از فقهاء در مثال نذر نتیجه اشکال کرده اند. مثل مرحوم آقا سید ابوالحسن اصفهانی، مرحوم آیت الله بروجردی، مرحوم آیت الله خوانساری و آیت الله گلپایگانی رحمهم الله در نذر نتیجه اشکال کرده و فرموده اند «بناء علی صحة هذا النذر و فیه اشکال»^۱ نمی توانند بگویند قطعاً نادرست است می گویند فیه اشکال. اما بزرگانی مانند

۱ العروة الوثقی (المحشی)؛ ج ۴، ص: ۱۸۹

مرحوم آقا ضیاء عراقی و مرحوم نائینی اینها همه با اینکه ناظر بوده اند و جاهای دیگر تعلیقه زده اند در اینجا بر حرف سید هیچ تعلیقه ای ندارند معلوم می شود اینها نذر نتیجه را پذیرفته اند.

من در ذهنم هست که مرحوم امام یک جائی نذر نتیجه را مفصل بحث کرده اند. ایشان هم در نذر نتیجه اشکال می کنند، اما در بحثهای علمی شان یادم نیست که ایشان اشکال کرده باشند. چون به یک دلیلی ما سر بحث نذر نتیجه فحوص می کردیم فرمایش ایشان را دیدم، به نظرم پذیرفته بودند. حالا این را یقین ندارم. اما اینجا اشکال می کنند.

ابهام در عبارت آیت الله فاضل ره

حالا در اینجا بعد از اینکه دو شق شرط در مثل نذر و امثال آن روشن شد بحث در این است که آیا مرحوم آیت الله فاضل می خواهند بفرمایند که «هو وقف بعد موتی» این ایصاء است و ایصاء دو صورت دارد: ایصاء بالفعل و ایصاء بالتتیجه. و می خواهند بگویند ظاهر این عبارت که «لو اوصی بالوقف صح و الا بطل» این در واقع اشاره دارد به این دو گونه ایصاء. خوب دقت کنید بعد بحث داریم. آیا ایشان می خواهد بگوید این عبارت متن اشاره به دو گونه ایصاء دارد، ایصاء بالفعل که درست است و ایصاء بالتتیجه که درست نیست؟! ایصاء بالتتیجه یعنی چه؟ فعلا بالاجمال یعنی ایصاء می کند، نه اینکه وقف کند، ایصاء می کند که این وقف باشد بلا سبب. حالا این حرف معنا دارد یا نه بماند تا بازش کنیم.

خلاصه حرف ما این است که آیا مرحوم آیت الله فاضل که فرموده اند «و الظاهر أن المراد الفرق بين صورة شرط الفعل و شرط التتیجه و الوجه فی صحة الاول أنه وصية بأن یوقف و لا مانع منه بخلاف الثاني لأن الوقف یحتاج الی سبب»، ثانی را چه فرض کرده که می گوید لأن الوقف یحتاج الی سبب؟ شاید ثانی را ایصاء بالتتیجه گرفته اند. ایصاء به وقف علی نحو التتیجه. یعنی ایصاء دارد می کند نه به وقف کردن. بلکه ایصاء به وقف به نحو التتیجه. یعنی بدون سبب خاص وقف حاصل شود.

پاسخ آیت الله سبحانی به اشکال در شرط نتیجه

اگر این باشد، آنوقت کلام آقای سبحانی ناظر به ایشان است. ایشان در بحث دومشان می گویند: «إذا فهم منه (از این عبارت) فی متفاهم العرف أنه وصية بالوقف صحّ فیجب (علی الورثة وقفه إن كان بمقدار الثلث، أو أزيد بشرط رضاهم بالزیادة)،

وبما أن قوله: «وقف بعد وفاتي» ظاهر في شرط النتيجة قلنا: لو كان من مقولة الوصية، لا فرق بين كونه من قبيل شرط الفعل أي ما يقوم الوصي بوقفه عقداً أو معاطاتاً أو شرط النتيجة بأن يصير بعد الموت وقفاً بلا سبب يجريه الوصي^۱. ایشان می گوید اگر به نحو وصیت باشد یعنی ایصاء باشد، فرقی نمی کند که ایصاء بالفعل باشد یا ایصاء بالنتیجه باشد. ایشان می گوید اگر ایصاء بالفعل باشد که روشن است که صحیح است، اما اگر ایصاء بالنتیجه باشد ایشان می گوید ما تصحیح می کنیم.

من حدسم این است که ایشان ناظر به فرمایش آیت الله فاضل است، چون جاهای دیگر هم دیدم که ایشان ناظر به فرمایش آیت الله فاضل اند. وظاهراً فرمایش آیت الله فاضل را تفصیل بین ایصاء بالفعل وایصاء بالنتیجه گرفته اند. و بعد به ایشان اشکال می کنند. گوئی تفصیل آیت الله فاضل را تفصیل بین دو گونه ایصاء فهمیده اند و از فرمایش ایشان فهمیدند که ایشان ایصاء بالنتیجه را باطل می داند لذا می خواهند ایصاء بالنتیجه را درست کند.

ما اینجا دو بحث داریم: یکی اینکه آیا تصحیح کردن ایصاء بالنتیجه توسط آیت الله سبحانی درست است یا نه؟ حالا آیت الله فاضل بفرمایند یا نه. اینکه ایشان تلاش می کند ایصاء بالنتیجه را تصحیح کند درست است یا نه.

یک بحث دیگر داریم که اصلاً فرمایش آیت الله فاضل ایصاء بالنتیجه است؟ و اصلاً ایصاء بالنتیجه یعنی چه؟ ببینیم ایصاء بالنتیجه آیا مفهوم صحیحی دارد یا نه؟ این را فردا انشاء الله بحث می کنیم.

پس دو نکته را باید روشن کنیم: یکی اینکه اصلاً ایصاء بالنتیجه مفهوم صحیحی دارد یا نه، و آیت الله فاضل ایصاء بالنتیجه می فرماید؟

دوم اینکه اصلاً ایصاء بالنتیجه هر مفهومی دارد آیا با این تصحیحی که آیت الله سبحانی کرده اند درست می شود یا نه.

اینها را فردا انشاء الله بحث می کنیم.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

| | |
|---|-----|
| مسأله ۲۳: وقف بعد الموت..... | ۷۴۶ |
| خلاصه بحث گذشته..... | ۷۴۶ |
| اشکال در تصویر ایصاء بالنتیجه..... | ۷۴۸ |
| اقسام وصیت..... | ۷۴۹ |
| عدم وجود شقوق سه گانه در عبارت «هو وقف بعد موتی»..... | ۷۴۹ |
| تصویری نادرست از ایصاء بالنتیجه..... | ۷۵۰ |
| عبارت صاحب عروه ره..... | ۷۵۱ |
| تعلیقه آقای خوئی در کتاب الزکات..... | ۷۵۱ |
| خلط در کلام آقای خوئی ره..... | ۷۵۲ |
| بررسی خلاف قاعده بودن تملیک قهری و موارد استثناء..... | ۷۵۲ |
| نتیجه بحث در ایصاء بالنتیجه..... | ۷۵۴ |
| تصحیح ایصاء بالنتیجه از راه خطاء در تطبیق توسط آیت الله سبحانی..... | ۷۵۴ |
| اشکال صغروی به خطاء در تطبیق..... | ۷۵۵ |
| نقض به آیت الله سبحانی..... | ۷۵۵ |
| منال و مورد خطاء در تطبیق..... | ۷۵۶ |

مسأله ۲۳: وقف بعد الموت

خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۲۳ تحریر بود که اگر کسی بگوید هو وقف بعد موتی، اگر از آن وصیت به وقف فهمیده شود صحیح است و الا بطل.

در جلسات قبل در توضیح این عبارت عرض کردیم که «و الا بطل» به حسب ظاهر فرمایش عده ای از فقهاء حمل بر وقف معلق می شود. یعنی اگر وصیت به وقف نباشد و الآن وقف را انشاء می کند که این مال بعد الموت وقف باشد، می شود وقف معلق. تصریح مرحوم علامه و دیگران این تفسیر بود، و وقف معلق از جهت تعلیق باطل است.

در جلسه گذشته وجه دیگری را از برخی از بزرگان نقل کردیم که بطلان در اینجا از باب این است که بعد از موت اصلاً شخص، مالک شیء نیست تا بخواهد آن را وقف کند. بررسی این وجه نیز گذشت.

بحث دیگری مطرح شد که در عبارات مرحوم آیت الله فاضل آمده بود که گفتیم برای ما خیلی روشن نیست که دقیقاً مفاد فرمایش ایشان چیست. لعل مقصود این باشد که حتی بنابر اینکه وصیت به وقف هم باشد در صوری یا صورتی باطل است. چون متن الان دارد می گوید که اگر وصیت به وقف باشد صحیح است و گرنه باطل است. شاید فرمایش آیت الله فاضل این باشد که وصیت به وقف هم خودش دو نحوه دارد. وصیت به وقف یکوقت به صورت وصیت به فعل است. یعنی وصیت می کند که ورثه یا وصی بعداً این مال را وقف کنند. این همان شقی است که گفته اند «صح». و صورت «الا بطل» یعنی وصیت بالتبیحه باشد. و این نیز ممکن است.

عبارت ایشان این بود که فرمودند: «والظاهر أن المراد الفرق بين صورة شرط الفعل و شرط النتيجة، و الوجه في صحة الاول (که شرط فعل باشد) أنه وصية بأن يوقف و لا مانع منه، بخلاف الثاني لأن الوقف يحتاج الى سبب كما عرفت»^۱.

از تعبیر «يحتاج الى سبب» که تعلیل برای بطلان است معمولاً در باب شرط نتیجه استفاده می شود. در باب شرط نتیجه ما می خواهیم بدون اینکه سبب خاصی برای ایجاد مسبب قائم شود، به نفس نذر بالتبیحه، تملیک درهم به زید حاصل شود یا به نفس شرط انفساخ در ضمن عقد بیع، با حصول مشروط علیه، فسخ محقق شود. و در اینجا نیز به نفس وصیت به نتیجه، تملیک وصیتی یا وقف، حاصل شود بدون اینکه سبب خاصی بیاید. لذا در مقام اشکال این تعبیر را می آورند که «لان الوقف يحتاج الى سبب».

پس شاید فرمایش مرحوم آیت الله فاضل در واقع این باشد که شق دوم هم وصیت است لکن باطل است چون وصیت بالتبیحه است.

۱ تفصیل الشریعة - الوقف، الوصية، الأيمان و النذور، الکفارات، الصید؛ ص: ۳۷

همانطور که جلسه گذشته هم عرض کردیم ظاهراً آیت الله سبحانی حفظه الله نیز عبارت را همینطور فهمیده باشند. ایشان بدون اسم بردن از آیت الله فاضل می فرمایند: برخی اینطور گفته اند که حتی اگر وصیت هم باشد اگر به نحو وصیت بالتبیحه باشد باطل است. که ظاهر «هو وقف بعد موتی» نیز همین است که ایصاء بالتبیحه است، لذا باطل است از باب اینکه شرط نتیجه باطل است، از باب اینکه ایصاء بالتبیحه باطل است.

بعد خود ایشان جوابی می دهند، می گویند ایصاء بالتبیحه قابل تصحیح است، که حالا تصحیح ایشان را هم می خوانیم.

اشکال در تصویر ایصاء بالتبیحه

سؤال این است که اصلاً ایصاء بالتبیحه چه چیزی است و باید چه کار کرد تا ایصاء بالتبیحه شود؟ مرحوم آیت الله فاضل فرمودند که ایصاء بالتبیحه باطل است چرا چون معنایش این است که بلا سبب وقف حاصل شود و آیت الله سبحانی حفظه الله نیز این را تأیید کردند که به این دلیل باطل است. اشکال ما به این بزرگواران این است که ایصاء بالتبیحه را طوری معنا می کنند که بطلانش در خودش خوابیده است. کدام آدم عاقلی می گوید در باب اسباب و مسببات، مسبب بدون هیچ سببی حاصل می شود؟ چه کسی این را گفته است؟ در نذر بالتبیحه، در تملیک به نحو نتیجه، در شرط نتیجه، در تمام اینها چه کسی گفته است که مسبب بدون هیچ سببی حاصل می شود؟!

آنچه می گویند این است که بدون سبب حاصل شود. یعنی با خود این شرط حاصل شود. نمی گویند که هیچ سبب نداشته باشد. آدم عاقل این حرف را نمی زند که بگوید در باب اسباب و مسببات بدون هیچ سببی، مسبب حاصل بشود. مثلاً در نذر، ناذر نذر می کند که این کتاب، مال زید باشد. می گوید به نفس همین نذر، تملیک شود، سبب خاص دیگری نمی خواهد، اما نمی گوید هیچ سبب نمی خواهد. هیچ آدم عاقلی نمی گوید بدون سبب مسبب حاصل می شود. آنهایی که می گویند نذر بالتبیحه درست است، می گویند با همین نذر حاصل می شود. آنهایی که می گویند شرط نتیجه در باب ملکیت درست است، می گویند خود شرط مملک است. چون عند العقلاء مملک است، و شارع هم با اطلاعات و عمومات مانند ادله اوفوا بالعهود که به شروط حمل شده و شامل اینجا نیز می شود مفاد این شرط را امضا می کند.

حالا سؤال این است که: اصلاً ایصاء بالتبیحه یعنی چه؟ یعنی چه کار کند؟ پاسخ ما که حاوی نکته مهمی است این است که ایصاء بالتبیحه همین وقف بعد الموت است، چیز دیگری نیست.

از اینجا ما می خواهیم به آیت الله سبحانه اشکال کنیم که شما آمدید باب وقف بعد الموت را جدا کردید و گفتید این وقف تعلیقی است که مشهور می گویند باطل است و من می گویم درست است. بعد گفتید اما وصیت دو جور می شود: وصیت بالفعل که وصیت کند وصی یا ورثه وقف کنند، و وصیت بالتبیحه که باطل است. سوال این است که ایصاء بالتبیحه چه چیزی هست؟ می فرمایید یعنی وصیت به اینکه بدون سبب، وقف حاصل شود. وصیت به این حرف اصلاً یعنی چه؟

اقسام وصیت

ما در باب وصیت دو جور وصیت داریم:

وصیت عهدیه یا تعهدیه که وصیت می کند التزامی را بر عهده دیگران. وصیت می کند که وصی یا ورثه من این کارها را انجام دهد. که یک جور التزام و تعهد برای وصی یا برای ورثه درست می کند. و آن کارها به عهده آنها می آید.

نحوه دیگری از وصیت نیز داریم بنام وصیت تملیکیه، که از ظاهر بعضی فرمایشات فهمیده می شود که این هم اختلافی است، ولی بسیاری از فقهاء آن را پذیرفته اند. حتی بسیاری از کسانی که نذر بالتبیحه را قبول ندارند، وصیت تملیکیه را قبول دارند. و از طلاقات و عموماً ادله وصیت، صحت آن فهمیده می شود. وصیت تملیکیه همین است که وصیت کند بعد از موت من این مال، ملک فلانی باشد. تملیک لما بعد الموت خودش وصیت است، وقف بعد از موت خودش وصیت است؛ وصیت یک چیز دیگری نیست. همین انشاء تملیک لما بعد الموت مصداق وصیت است، وصیت تملیکیه است. انشاء وقف لما بعد الموت هم مصداق وصیت بالوقف است. همان چیزی که شما می گوئید ایصاء بالتبیحه.

عدم وجود شقوق سه گانه در عبارت «هو وقف بعد موتی»

عرض من این است که اینجا سه شق نداریم، یکی وقف تعلیقی لما بعد الموت، دوباره در وصیت بیائیم بگوئیم دو جور است وصیت بالفعل، وصیت بالتبیحه. آنوقت مثل آیت الله سبحانه حفظه الله وقف بعد الموت را به خاطر اینکه تعلیق را موجب بطلان نمی دانیم تصحیح کنیم و وقف فی ملک را هم تصحیح کنیم اما ایصاء بالتبیحه را باطل بدانیم. ما می گوئیم وقف بعد الموت با ایصاء بالتبیحه یکی هستند. مصداق ایصاء بالتبیحه همین است که انشاء کند وقف لما بعد الموت را. اگر این را نمی پذیرید ما از شما سؤال می کنیم که ایصاء بالتبیحه اصلاً چی هست؟ اخبار است یا انشاء است؟ اگر انشاء است انشاء چه عنوانی است؟ آیا انشاء عنوان الوصیه است؟ مگر شما در باب وصیت، انشاء عنوان الوصیه می خواهید؟ اگر کسی بگوید من تملیک می کنم مالم را برای آقای زید بعد الموت یا بگوئید بعد الموت او مالک باشد. خب این وصیت است.

اسمش را می خواهد بیاورد یا نیاورد این وصیت است. در باب وقف هم همین است. اگر بگویند «هذا وقف لما بعد الموت» این یک نحوه ایصاء بالوقف است. ایصاء بالنتیجه اصلاً همین است، همین وقف بعد الموت است. خب شما این را که تصحیح فرمودید، آنوقت چطور ایصاء بالنتیجه را ابطال کردید؟ غیر از این اصلاً چه می تواند باشد.

تصویری نادرست از ایصاء بالنتیجه

پس اینکه می فرمایند «ایصاء بالنتیجه ای کون الموقوف موقوفاً بلا سبب» آیا هیچ عاقلی این را گفته است؟! بلا سبب، یعنی حتی همین انشائی که الان دارد می کند این هم نباشد؟! چه کسی گفته است که در عالم، چنین چیزی داریم؟ آنهایی که می گویند نذر بالنتیجه داریم، آنهایی که می گویند ملک بالشرط داریم به نحو نتیجه، همه قائلند این سبب دارد منتهی سببش همین شرط است. می گویند «بلا سبب خاص غیر هذا» است.

عده ای می گویند شرط، مملک و مشرع نیست، نذر مملک نیست چون مشرع نیست. هر چیزی که سبب می خواهد، سبب خاص می خواهد، تملیک، سبب خاص می خواهد، با نذر شما نمی توانید تملیک کنید مثلاً. آنهایی که این را می گویند. نمی گویند که این ملکیت هیچ سببی ندارد؛ می گویند در شرع ما باید دلیل داشته باشیم که نذر می تواند مملک باشد و ما دلیلی بر این نداریم.

در بحث زکات کتاب عروة مرحوم سید نذر بالنتیجه را قبول دارد، و همانطور که دیروز اشاره کردیم تصریح می کند که اگر نذر بالنتیجه کند ممکن است با این نذر نصاب برای شخصی که برای او نذر شده پیدا شود. یعنی در بحث زکات در مال زکوی نصاب زکوی پیدا شود. حتی کسانی که در آنجا این حرف سید را نپذیرفتند، خیلی هایشان وصیت تملیکیه را قبول دارند. حالا سؤال این است که ما بفهمیم که اصلاً ایصاء بالنتیجه یعنی چه.

پس ادعای ما به صورت روشن این است که اصلاً ایصاء به نتیجه معنای مفهوم و محصلی ندارد مگر همین «هو وقف بعد موتی».

اگر کسی تعلیق را قبول دارد، باید این را نیز بحث کند که آیا وقف، به این صورت نیز می تواند حاصل شود یا نه؟ یعنی سبب وقف غیر از بحث تعلیق، یک اشکالش این است که من اگر بگویم هو وقف رأس الشهر مثلاً یا عند مجیء زید، این درست است یا نه؟ این یک بحث است، یک بحث دیگر این است که آیا چنین وقفی که بعد موت حاصل شود نه اینکه ورثه یا وصی وقف کنند بلکه با انشاء الان موصی حاصل شود امکان دارد و صحیح است یا خیر؟ علی الظاهر تنها اشکال

چنین وقفی همان بحث تعلیق است، چیز دیگری نیست. جلسات قبل هم عرض کردیم. و البته آن اشکال عدم مالکیت لما بعد الموت هم سر جای خودش هست.

ولذا اشکالی که ما الان به این فقیه معاصر در شرحشان بر تحریر داریم این است که ایصاء بالتیجه چیز دیگری در قبال آن نیست.

و اشکالی که به مرحوم آیت الله فاضل وارد است این است که ما عبارت ایشان را نمی توانیم درست بفهمیم، که ایشان میخواهد بگوید هو وقف بعد موتی ایصاء بالتیجه است، یا نه، ایصاء بالتیجه چیز دیگری است. نمی دانیم. عبارت ایشان ابهامی دارد که باید آن را بالاخره علی وجوهش حمل کرد.

عبارت صاحب عروه ره

مرحوم صاحب عروه این مطلب را در موارد متعددی بیان کرده اند. عبارتی که در دسترس بود در مسئله ۲۴ انتهای بحث زکات قبل از زکات فطره است ایشان می فرماید:

«الرابعة والعشرون: لو نذر أن يكون نصف ثمر نخلة أو كرمه أو نصف حبّ زرعه لشخص بعنوان نذر النتيجة و بلغ ذلك النصاب وجبت الزكاة على ذلك الشخص أيضا لأنه مالك له حين تعلق الوجوب، و اما لو كان بعنوان نذر الفعل فلا تجب على ذلك الشخص»^۱.

در تعلیقات، عده زیادی از فقهاء گفته اند که در صحت چنین نذری اشکال است.

تعلیق آقای خوئی در کتاب الزکات

مرحوم خوئی ره در شرح زکات اشکال کرده است و گفته در چنین نذری اشکال هست. در تعلیق نوشته اند: «صحّة هذا النذر في نفسه محل اشكال بل منع»^۲.

۱ العروة الوثقى مع التعليقات؛ ج ۲، ص: ۱۸۶

۲ همان

منتهی در مقام استدلال فرموده اند: «الا أن الكلام في صحة مثل هذا النذر فإنها محل تأمل بل منع، لعدم الدليل عليها، وكيف يملك امرا معدوما بالنذر و لا سيما و أن التملیک من غیر قبول مناف لسلطنة الشخص علی نفسه».^۱

خلط در کلام آقای خوئی ره

به نظر من در کلام ایشان بین دو امر خلط شده است، کما اینکه این مطلب از عبارت بعد نیز آشکار می شود. یک بحث این است که این نذر می تواند مملک باشد؟ ایشان نمی پذیرند و می فرمایند «محل تأمل بل منع لعدم الدليل عليها». چنین نذری صحیح نیست چون مشمول ادله نذر نیست که بخواهیم با نذر تملیک کنیم. «و کیف یملک امرا معدوما بالنذر». این یک اشکال است.

از عبارت «و لا سيما...» دلیل دیگری آغاز می شود. ایشان می فرمایند این تملیکی که می خواهد با نذر حاصل شود موجب ملک قهری است و این خلاف قاعده است. مثلاً نذر می کنید که اگر مریضی فرزند من خوب شد این کتاب مال حسن باشد. وقتی فرزند شفا می یابد این کتاب قهراً مال حسن می شود و بدون رضای خود او وارد ملکش می شود. ایشان می گوید ما همچنین چیزی نداریم. ما در شرع موارد معدودی آن هم با دلیل خاص داریم که ملک قهری محقق شود.

بررسی خلاف قاعده بودن تملیک قهری و موارد استثناء

ایشان می گوید «و بالجملة التملیک القهری مخالف لمقتضى القاعدة» این و بالجملة، بیان تعلیل قبل است. اگر یاد دوستان باشد ما سال اول بحثی داشتیم راجع به این که آیا تملیک قهری خلاف مقتضای قاعده است یا نه. فرمودند «التملیک القهری مخالف لمقتضى القاعدة لابد فی ثبوته من قیام الدلیل کما فی باب الارث و کما فی الوصية التملیکیة علی الاصح عندنا».^۲

که در باب ارث، مال به نحو قهری وارد ملک مورث می شود، و در وصیت تملیکیه هم با خود همین وصیت، ملک او می شود بعد الموت و تعلیق در اینجا اشکال ندارد. در همین بحث ما که بحث تعلیق هست در آنجا فقهاء تعلیق زده اند

۱ موسوعة الإمام الخوئي، جلد: ۲۴، صفحه: ۳۳۵

۲ همان

گفته اند که تعلیق در وقف صحیح نیست، چون یک جور تعلیق در تملیک یا تحریر است. و فرموده اند که ما تعلیق را تنها در دو سه جا داریم، در مثل وصیت، ملک بعد از موت داریم. در مثل تدبیر، عتق بعد از موت داریم.

فرموده اند: «کما فی باب الارث و کما فی الوصیة التملیکیة علی الاصح عندنا و کما فی موارد الدیات، فإن المجروح یملک الدیة علی الجارح. ففی کل مورد ثبتت الملكية القهریة فهو و الا فلا یمکن الالتزام بها ما لم یقم علیه دلیل بالخصوص، والنذر بمجرد لا یکفی لعدم اندراجہ تحت أی عنوان من العناوین المملکة کما لا یمکن»^۱.

ببینید اینجا دو اشکال در یکدیگر خلط شده است: یکی اینکه ملک نمی شود به صورت قهری برای شخص منذور له حاصل شود. و دیگری اینکه خود این نذر فی حد ذاتها جزء مملکات در عالم نیست. این دو با یکدیگر فرق می کند. درباره اشکال اول که عدم صحت ملک قهری است ممکن است کسی اشکال را به این صورت حل کند که قبول منذور له را نیز شرط کنیم، نه اینکه نذر را به صورت کلی از کار بیندازیم.

اتفاقا در حواشی برخی از محشین نیز آمده است. شاید آقا ضیاء هم همین را بگوید اما مرحوم نائینی تصریح کرده است اینکه شخص با نذر مالک می شود و ممکن است نصاب در مال زکوی برای او حاصل شود «بعد قبوله لا مطلقا علی الاقوی»^۲. علی الاقوی باید منذور له نیز قبول کند. پس ممکن است شما برای حصول ملکیت، شرط قبول را هم بیاورید و این غیر از این است که کلا نذر را به عنوان یک سبب از کار بیندازید.

این اشکال دیگری است که اصلا ادعا می کنند که مملکات باید به این عناوین خاص باشند. و مملک بودن نذر بما هو نذر در ادله نیامده است.

به نظر ما دلیل صحت این نذر، اطلاقات نذر است. همانطور که شما در جاهای دیگر شکوک را به اطلاقات دفع می کنید، اطلاقات ادله نذر شامل این نذر می شود لذا این نذر هم صحیح است. همانطور که به نظر ما با تمسک به اطلاقات شروط، شرط نتیجه هم درست است و با شرط هم می شود تملیک کرد. البته آقای خوئی ظاهرا در آنجا هم اشکال دارند. فکر کنم ایشان در تملیک بالشرط هم اشکال می کند و می گوید سبب خاص می خواهد. در صورتی که به نظر ما شرط هم یک سبب عقلائی است و لذا شما می بینید که عقلاء می گویند که اگر مشتری ثمن را در سر وقت تحویل نداد این

۱ همان

۲ العروة الوثقی (المحشی)؛ ج ۴، ص: ۱۸۸/۱۸۹

عقد منفسخ باشد، و عقلائی می بینند که اگر ثمن پرداخت نشد عقد منفسخ باشد؛ نه اینکه دارند خطاء می کنند. چرا خطاء می کنند؟ این کار عقلائی است و ادله شروط شامل آن می شود همانطور که موارد دیگر را نیز شامل می شود. نتیجه عرض من این است که نذر بالتبلیغ و اینها صور معقول دارد، مثل ایصاء بالتبلیغ که به نظر ما جز همان هو وقف بعد موتی چیز دیگری نیست.

نتیجه بحث در ایصاء بالتبلیغ

حالا می رسم به بحثی که در ایصاء بالتبلیغ هست. اگر ایصاء بالتبلیغ همانطور که ما می گوئیم عبارت باشد از همین «هو وقف بعد موتی باشد» تحت این کبرا قرار می گیرد که وقف بعد از موت از باب تعلیق و از باب «لا وقف الا فی ملک» صحیح نیست لذا به جهت این دو اشکال به نظر ما ایصاء بالتبلیغ نادرست است. اما اگر این دو اشکال نباشد، ما اصلا ما نمی فهمیم که ایصاء بالتبلیغ چه چیزی غیر از این باشد. اینکه ایشان معنا می کند که: «أی کون الموقوف موقوفا بلا سبب» اصلا معنا ندارد، و هیچ کس نمی گوید که موقوف بتواند بلا سبب وقف باشد.

تصحیح ایصاء بالتبلیغ از راه خطاء در تطبیق توسط آیت الله سبحانی

حالا بحث دشوار این است که آیت الله سبحانی می فرماید: گرچه ایصاء بالتبلیغ باطل است، ولی می خواهند این ایصاء بالتبلیغ را به جهت دیگری تصحیح کنند. می فرمایند: این که واقف ایصاء بالتبلیغ کرده از باب خطاء در تطبیق است، و فقهاء این را به عنوان خطاء در تطبیق می دانند. و گوئی ایشان می خواهند به صورت کلی خطاء در تطبیق را تصحیح کنند. من درس ایشان را نیز که به فارسی تقریر کرده اند ملاحظه کرده ام، در آنجا مسئله ای که ایشان می خواهند بیان کنند مفصل تر آمده است. می گویند این، از قبیل خطاء در تطبیق است. چرا؟ شخص در واقع می خواهد یک کار خیر کند، می خواهد به یک صورت درست وقف کند. واقع وقف صحیح را می خواهد، منتهی خیال می کند با ایصاء بالتبلیغ درست می شود یعنی با وقف بلا سبب، این اثر حاصل می شود لذا می گوید «هذا وقف بعد موتی». ولی اگر برایش روشن کنیم که ما وقف بالتبلیغ نداریم و درست نیست، می گوید من به همان صورت که درست است وقف می کنم. من وصیت می کنم که ورثه یا وصی وقف کنند.

پرسش این است که آیت الله سبحانی چه می خواهند بفرمایند؟ می خواهند بفرمایند که پس در واقع اصلا وقفش درست است. در شرح عربی بر تحریر تصریح نمی کنند، اما در درسشان تصریح می کنند، می گویند یک عده می خواهند

بگویند این وصیت باطل است چون ایصاء بالنتیجه باطل است ولی به نظر ما این حرف درست نیست چون خطاء در تطبیق است، و در واقع مقصود واقف واقع است، منتهی بلد نیست این را چطور بگوید. مثل آنهایی که بجای اینکه شرط حق فسخ کنند می آیند شرط انفساخ می کنند، آنها نمی دانند که شرط نتیجه فسخ، غلط و باطل است، ولذا می گویند اگر مشتری ثمن را سر وقت خودش نیاورد، معامله منفسخ باشد. خب نمی داند که این نحوه اشتراط، باطل است، اگر او را متوجه کنیم که این باطل است، می گوید نه، من همانی را که درست است می گویم یعنی حق فسخ داشته باشم. اینجا هم می خواهند بگویند در واقع می خواسته به صورت صحیح انجام دهد یعنی گوئی وصیت به وقف کردن کرده است.

اشکال صغروی به خطاء در تطبیق

به نظر من این حرف باطل و غلط است و این توجیه نادرستی است. اولاً این، خطاء در تطبیق نیست. ثانیاً حتی اگر خطاء در تطبیق باشد ما چنین کبرای کلی نداریم که هر کجا خطاء در تطبیق است درست است.

مثلاً در نکاح طرف می رود عیالی را اختیار می کند به قصد اینکه او را سعادت مند کند. واقعش این است که می خواهد او سعادت مند شود ولی اتفاقاً نمی شود. خب آیا این غلط است؟! ما چنین کبرایی نداریم. یک جاهایی آن خطاهای ما حیث تعلیلی است که خلاصه من این کار را انجام دادم.

اینجا هم همینطور است، شخص ممکن است خطاء کرده باشد و نداند که شرط نتیجه باطل است، این خطاء موجب می شود یک انشاء باطلی کند. خب انشاء باطل کرده، شما می فرمایید خطاء در تطبیق است. خب چه می شود؟ خطاء در تطبیق است یعنی او مقصودش واقع بوده است. حالا فرض کنیم واقع هم همین یک نوع را دارد که شما می فرمائید که ایصاء به وقف کردن باشد، ولی در هر حال این صورت صحیح را انشاء نکرده است. فرض کنیم مقصود واقعی این آقا اگر آگاهش کنند وصیت به فعل است اما او که آگاه نشده این را انشاء نکرده است. حال چگونه بدون انشاء وصیت به وقف حاصل شود؟! او که وصیت عهدیه نکرده، انشاء نکرده که آقای وصی بعد از موت او وقف کند. حالا که وصیت عهدیه نکرده آیا با خطاء در تطبیق، وصیت عهدیه پیدا می شود؟! این چه فرمایشی است؟! این اصلاً فقه جدید درست می شود.

نقض به آیت الله سبحانی

مخصوصاً که نقض روشنی نیز به خود ایشان بر اساس مبنای خودشان داریم. ایشان وقف بعد الموت را درست می داند چون تعلیق را درست می داند، وصیت به وقف را هم درست می داند، پس آن واقعی که اشکال ندارد کدام است؟

وقف حالای این آقا است لما بعد الموت یا وصیتش به اینکه وقف کنند؟ هر دوی آنها درست و واقع است، حالا واقع کدام است که شما می فرمائید اشکال ندارد؟! این نشان می دهد که این یک فقه جدیدی پیش می آید که انسانها اگر بیدار می بودند یک جور دیگری انشاء می کردند. خب این چه ربطی به ما دارد؟

یک آقای خانه ای را که قیمت واقعی آن ۱۰ میلیارد است می فروشد، تمام اختیارات را از جمله خیار غبن فاحش را هم اسقاط می کند، می گوید اگر واقعا خانه ۱۵ میلیارد هم بیارزد من فروختم و حق خیار غبن هم ندارم. ولی چیزی که پیش خودش سبب می شود که این معامله را انجام دهد این است که یقین دارد که خانه ۱۰ میلیارد است و بیشتر نمی ارزد. اتفاقا بیدارش می کنند که آقا این ۱۳ میلیارد می ارزید. خب حالا چه می گوئیم؟ آیا می گوئیم این معامله باطل است و ۱۳ میلیارد است چون اگر بیدارش می کردند ۱۳ میلیارد می فروخت؟! این حرفها چیست، این یک فقه جدید است.

این جور خطاء در تطبیق و بیدار کردن انسانها هیچ ربطی به معاملات ندارد.

بله! حالا یک مثالهای دقیقی وجود دارد یک جاهایی ممکن است خطاء در تطبیق رخ بدهد بطوری که مثلا قید مبیعش باشد. مثلا او می خواهد منزل را به قید اینکه ۱۰ میلیارد است بفروشد، با همین قید می فروشد. منتهی این قید را نمی آورد چون فکر می کند همین است. و اگر گفتیم مشاهده کافی نیست و ملاحظه اینقدر کافی نیست، مثل قید باشد، مثل اینکه بگوید این خانه را به قید ۱۰ میلیارد می فروشم، اگر بیشتر باشد نه. اگر همچنین معامله ای واقعا درست باشد و تعلیقی در آن نباشد و اشکالی نداشته باشد حالا اینجاها ممکن است. اما نه جاهایی که خطاء در تطبیق حیث تعلیلی است، با اینکه من تصمیم قطعی گرفته ام به فروش این خانه به هر قیمتی که باشد، منتهی خیال می کنم ۱۰ میلیارد است ولی ۱۵ میلیارد است. اینها که باطل نیست، این حرفها چیست. مخصوصا با اسقاط خیار غبن و اینها که اصلا واضح است که باطل نیست.

مثال و مورد خطاء در تطبیق

بنابراین عرض من این است که خطاء در تطبیق که شما درست کردید اولاً خطاء در تطبیق نیست، خطاء در تطبیق جائی است که یک انشائی یا قصدی یا امری برود روی عنوان، در مقام تطبیق خطاء کنیم. مثلا من پولی را به شخصی می دهم تا به مجتهد اعلم شهر برساند و فرض کنید مجتهد اعلم شهر متعین است و معلوم است که کیست و یک نفر هم بیشتر نیست. این شخص می رود این پول را به یک طلبه معمولی می دهد به خیال اینکه او مجتهد اعلم است. این خطاء در تطبیق است. چرا؟ چون او از اول مأمور بود به ایصال مال به مجتهد اعلم شهر که معلوم است کیست حال به اشتباه خیال کرده این

زید است ولی عمرو بوده است. این خطاء در تطبیق است. چرا؟ چون عنوان امر خورده است به اعطاء یا ایصال این مال به آن مجتهد اعلم، به این عنوان. و این آمده برده به کس دیگری داده است. این خطاء در تطبیق است. عنوان، مجتهد اعلم است در تطبیق خطاء کرده است. اما اگر خطای شما موجب شود که خودتان تطبیق به یک موضوع کنید و به این خاطر اراده شما و انشاء شما رفته است روی این خاص چرا برای عنوان دیگر صحیح باشد.

مثلاً اگر خود آن فرد دهنده پول به جای اینکه به این آقا بگوید برو ایصال کن به مجتهد اعلم، خودش بگوید برو بده به حسن آقا، و این هم می رود به آقا حسن می دهد، اما بعداً منکشف می شود که مجتهد اعلم کس دیگری بوده است. این خطاء در تطبیق ایصال کننده نیست. چون گفته برو به حسن بده و این هم رفته به حسن داده. خطاء در تطبیق نکرده است. خود آن آقا خطاء در تطبیق کرده است.

من عرضم این است که اگر کسی در اثر خطاء بیاید انشاء کند بیع خانه را، این که خطاء در تطبیق نیست. خطاء او حیث تعلیلی شده که یک انشاء خاص را انجام دهد. خطاء در تطبیقش کجاست. اینجا هم همینطور است.

ولذا به نظر من اگر ایصاء بالتبیحه یک چیزی غیر از هو وقف بعد موتی باشد و آن را باطل بدانیم با این بیان هم تصحیح نمی شود.

«والسلام علیکم ورحمة الله»

باسمه تعالی

مسأله ۲۳: وقف بعد الموت ۷۵۸

خلاصه بحث گذشته ۷۵۸

مطالب تکمیلی بحث ۷۵۹

تصویر فرض سوم برای «هو وقف بعد موتی» ۷۵۹

امکان تصویر وقف همانند واجب معلق ۷۶۰

عدم ورود اشکال تعلیق در وقف بنابر تصویر همانند واجب معلق ۷۶۱

اشاره به سابقه بحث از امکان تکرر متعلق ملک به لحاظ زمان ۷۶۱

نیاز به بحث از امکان تکرر متعلق وقف به لحاظ زمان ۷۶۲

عرفی نبودن تکرر متعلق وقف به لحاظ زمان ۷۶۳

استشهاد به کلام مرحوم سید برای معقول بودن فرض وقف به صورت واجب معلق ۷۶۴

تبیین نادرست مرحوم سید از وقف به صورت واجب معلق ۷۶۵

نتیجه بحث ۷۶۶

مسأله ۲۳: وقف بعد الموت

خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۲۳ تحریر بود که اگر کسی بگوید «هو وقف بعد موتی فإن فهم منه وصیة بالوقف صحّ و الا بطل» در چند جلسه گذشته عرض کردیم که در کلمات فقهاء در عدل اینکه «أنه وصیة بالوقف»، وقف معلق را مطرح کرده اند، و گفته اند وجه «بطل» نیز معلق بودن این وقف است.

جلسات گذشته بحث استظهار از کلام بعضی از فقهاء معاصر را آوردیم که ممکن است الا بطل از باب ایصاء باشد، یعنی هر دو فرض مساله، ایصاء است با این تفاوت که در فرض اول، ایصاء بالفعل است لذا صحیح است، و فرض دوم (الا

بطل) ایصاء بالتبیحه است و ایصاء بالتبیحه باطل است. مطالب راجع به این برداشت به صورت مفصل گذشت و قصد نداریم آن را اعاده کنیم.

مطالب تکمیلی بحث

سه مطلب مهم باقی مانده است که برای تکمیل مطالب باید بحث شود:

تصویر فرض سوم برای «هو وقف بعد موتی»

مطلب اول این است که در ضمن مباحث گذشته وعده دادیم که در قبال این فروضی که ذکر شده است یک فرض کاملاً معقول دیگری هم وجود دارد که در کلمات فقهاء لا اقل اینجا بحث نشده است. در عبارت «و الا بطل» اعلام فرمودند یعنی اگر وصیت به وقف نباشد بلکه وقف معلق باشد باطل است. عرض ما این است که می توان «هو وقف بعد موتی» را به نحو مشابه واجب معلق تفسیر نمود.

توضیح اینکه وجوب در واجب مشروط مانند «إن زالت الشمس وجبت الصلاة» به نحوی است که مشروط به زوال است به طوری که قبل از زوال اصلاً وجوبی نیست، گرچه انشاء آن حالا است یا در ازل است مثل اینکه خداوند متعال از ازل می فرماید: «إذا زالت الشمس فقد وجبت الصلاة والطهور» انشائش ازلی است یا انشائش قبل از زوال است، ولی وجوب بالحمل الشایع بعد از زوال حاصل می شود، مثل هر جمله شرطیه ای که جزاء آن، منوط و مشروط به تحقق شرطش باشد. در قبال واجب مشروط، واجب معلق داریم. آنهایی که واجب معلق را تصحیح می کنند حرفشان این است که از حالا وجوب داریم نسبت به یک متعلق خاص در آینده. از حالا وجوب حج در موسم را داریم. دوستان خوب دقت کنند چون بعداً می خواهیم کلماتی از فقهای مثل مرحوم سید نقل کنیم که به نظر می رسد در تحلیل واجب معلق به خطا رفته اند. در واجب معلق انشاء، حالا است همانطور که در واجب مشروط انشاء حالا است. پس انشاء چه در واجب مشروط و چه در واجب معلق، از قبل حاصل می شود. و فارق بین این دو در زمان انشاء نیست. فارق در این است که در واجب مشروط وجوبش مشروط است، و لذا قبل از حصول شرط، اصلاً وجوبی نیست. به خلاف واجب معلق، که آنهایی که آن را تصویر می کنند می گویند حالا که انشاء وجوب کردیم وجوب هم هست منتهی به یک متعلق خاص. متعلق خاص چیست؟ عبارت است از حج در موسم. یعنی حج را که متعلق حکم است، مضیق کردیم به موسم. به خلاف اینکه موسم را شرط وجوب کنیم و خود حج آزاد باشد از زمان موسم. پس حرف این است که اگر واجب معلق شد، وجوب حالا است و متعلق وجوب، فعل خاص است.

امکان تصویر وقف همانند واجب معلق

نظیر همین تصویر را می توانیم در بحث خودمان تطبیق کنیم. وقتی فرد می گوید «هو وقف بعد موتی» آقایان حمل بر وقف معلق کردند و وقف معلق در اصطلاح آنها یعنی همان وقف مشروط لذا با اصطلاح واجب معلق ما اشتباه نشود. وقف معلق یعنی وقف مشروط به موت در مثال ما. اگر کسی در زمان حیاتش انشاء وقف کند، اما منشأش که وقف است بعد از موت حاصل شود. یعنی منشأ بالحمل الشایعش بعد از حصول موت پدید آید به طوری که موت، شرط تحقق وقف باشد لذا قبل از تحقق موت، وقفی محقق و حاصل نمی شود، این می شود وقف معلق در اصطلاح این بحثهای فعلی که همان وقف مشروط به شرط موت است. که ما گفتیم اشکال دارد و در میان فقها نیز اجماع محقق است یا مشهور است که باطل است هر چند برخی نیز آن را صحیح دانستند که بحثهای آن گذشت و تمام شد.

اما مطلب جدید ما این است که تصویر دیگری کنیم مانند واجب معلق. بدین صورت که وقف از حالا باشد، نه اینکه وقف مشروط و منوط باشد به موت؛ وقف از همین زمان انشاء و قبل از موت باشد، و آن چیزی که در آینده است عبارت باشد از ملک در زمان خاص. آن خانه ای که می خواهد وقف کند در زمان خاص. در واقع زمین در زمان موت را از حالا وقف می کند.

پس تارة واقف این زمینی که ملک اوست در زمان حیاتش وقفش می کند، یعنی وقف می کند زمین حالا را، این می شود وقف فعلی. صورت دوم این است که وقف می کند مشروط به بعد از موت. یعنی همانطور که در وجوب، ممکن است وجوب مشروط باشد در اینجا هم ممکن است وقف مشروط باشد به موت؛ که همان وقف معلقی است که آقایان می گویند باطل است. ولی صورت سومی نیز تصویر دارد و آن اینکه همانطور که در واجب معلق وجوب الان است و متعلق وجوب عبارت است از حج در موسم، یعنی فعل، فعل خاصی است که وجوب، عارضش می شود، در اینجا نیز وقف که می خواهد عارض شود به زمین و به آن تعلق گیرد، تعلق نمی گیرد به زمین حالا تا وقف فعلی شود، و همچنین وقف مشروط به موت، تعلق نمی گیرد به زمین تا وقف مشروط شود. بلکه وقف از حالا است، هیچ قیدی هم ندارد، منوط به موت هم نیست، فقط وقف تعلق گرفته است به زمین در زمان خاص. زمان قید زمین باشد قید ساختمان باشد، یعنی در حال خاص و زمان خاص این وقف شده، نه اینکه قید خود وقف باشد.

این می شود تصویر وقف مانند تصویر واجب معلق. چرا «هو وقف بعد موتی» را این طور مانند واجب معلق در نظر نگرفته اند؟ این هم یک تصویر است.

عدم ورود اشکال تعلیق در وقف بنابر تصویر همانند واجب معلق

اگر این تصویر را در نظر بگیریم علی الظاهر دیگر اشکال وقف معلق پیش نمی آید. بیانات مختلف در باب بطلان وقف معلق را دیدیم. اشکالشان این بود که اگر گفتیم وقت رأس السنة یا رأس الشهر یا عند مجيء زید، معنایش این است که از حالا تا آن زمان، وقفی نباشد. رأس السنة تازه وقف پدید می آید. در حالی که تصویر واجب معلق در باب وقف این نیست. الان در زمان حیاتش انشاء می کند وقف را، وقف هم الان حاصل است، منتهی متعلقش یک امر آینده است، متعلق وقف، آینده است نه اینکه خود وقف آینده باشد.

بنابراین علی الظاهر اشکال وقف معلق در اینجا نمی آید. خصوصاً که دلیل عمده ما اجماع بود و اجماع دلیل لبی است و اطلاقی هم ندارد که بخواهد امثال اینها را بگیرد، و علی الظاهر آن اشکال وارد نیست.

پس به نظر ما در موارد «هو وقف بعد موتی» اگر یک واقفی باشد که بحث اصولی بلد باشد، یا از یک مجتهدی بپرسد و او نتیجه بحث اصولی را به او بگوید که به این صورت می تواند از حالا وقف کند یا او به مجتهد وکالت دهد در وقف این خانه و مجتهد به نحو واجب معلق خانه را برایش وقف کند. چه اشکالی دارد از حالا وقف کند آینده را؟ و دیگر اشکال «و الا بطل» از باب تعلیق که مرحوم علامه فرمود و جامع المقاصد نیز آن را تأیید کرد و دیگران نیز تأیید کردند دیگر درست نیست، چون معلق نیست که باطل باشد.

اشاره به سابقه بحث از امکان تكثر متعلق ملك به لحاظ زمان

منتهی یک بحث مهمی اینجا وجود دارد، اگر یاد دوستان باشد ما در بحثهای گذشته آنجایی که فرمایش شیخ انصاری را طرح کردیم که ملکیت تبعیض نمی پذیرد، آنجا بحث مفصل کردیم که بنابر فرمایش مرحوم شیخ ملکیت تبعیض برنمیدارد. گرچه مرحوم آخوند و مرحوم سید و عده ای از فقهاء این حرف را رد کردند، گفتند ملکیت مثل زوجیت است امر اعتباری است تبعیض پیدا کردنش و متکثر شدنش به زمان، کاملاً ممکن است. همانطور که ما زوجیت موقت داریم می توانیم ملکیت موقت نیز داشته باشیم.

ما در آنجا بحث مفصل کردیم دیگر تکرار نمی کنیم، ما حصل بحث ما این بود که برخی عبائر مرحوم شیخ انصاری که فرموده است که این محال است چون ملکیت یک امر قارّ است و امر قارّ را نمی شود متکثر کرد، به خلاف امور غیر قارّه مانند منافع که آنها را می شود متکثر کرد. ما در آنجا در مقام توضیح، توجیهی برای فرمایش شیخ بیان کردیم، منتهی بهترین بیان که به نظر ما قابل قبول است و خودمان هم اختیار کردیم این بود که ملکیت تکثیر بردار نیست از باب اینکه

عقلاء چنین نحوه اعتباری در باب ملکیت امور قاره مثل اراضی و ساختمان نمی کنند. برای امور قار و جواهر چنین تملیکهای متعدد در زمان نمی کنند. آنجا توضیح دادیم و شواهد آوردیم که ممکن است مراد مرحوم شیخ نیز همین باشد. عبارات را از تقریرات ایشان آوردیم. از جمله فکر کنم در تقریرات مرحوم نجم آبادی در قضاء بود که به این نکته اشاره شده بود که یکوقت بحث سر تقطیع خود ملکیت است، در بحثها هم زیاد آمد که ملکیت امر اعتباری کالزوجیه، همانطور که زوجیت می شود تقطیع به حسب زمان شود ملکیت نیز قابلیت تقطیع زمانی دارد. ما گفتیم یک وقت بحث سر این است که خب می گوئیم نمی شود. اما برخی اوقات بحثها می رود سر متعلق ملکیت، یعنی زمین یا منافع. در عبارتهای مرحوم شیخ گاهی اینها با هم خلط شده است. درباره منافع می فرمایند تکثیر ملکیت در آنها معقول است، می توانیم بگوئیم منفعت امروز یا فردا یا پس فردا. منفعت غیر از آن ملکیت است. می توانیم بگوئیم منفعت امروز، منفعت فردا، منفعت پس فردا این خانه. بله می توانیم اما آیا این را راجع به ارض نیز می توانیم بگوئیم؟ راجع به ساختمان نیز می توانیم این را بگوئیم؟ ساختمان امروز، ساختمان فردا معنا دارد؟، یا این فرضها وهمی است؟

دوستان دقت کنند، ما الان بحثمان در ملکیت نیست. ولی وقف مثل ملکیت است بلکه بنابر برخی مبانی اصلاً وقف تملیک است، پس از سنخ ملکیت است. می خواهم بگویم این بحثی که راجع به امور قار و غیر قار مطرح شد و گفته شد این ها مثل هم نیستند، یکوقت در متعلق ملک این بحث را جاری می کنیم که بحث از آن معقول است و یکوقت در خود ملک بحث می کنیم که این بحث هم اشکالی ندارد. اما در متعلق ملک تکثیر به لحاظ زمان یعنی چه؟ این را برای این عرض می کنم که ما در وقف به این بحث نیاز داریم. آیا تکثر در متعلق ملک که می خواهد متعلق وقف نیز واقع شود معنا دارد یا نه؟

نیاز به بحث از امکان تکثر متعلق وقف به لحاظ زمان

چرا ما به این بحث نیاز داریم؟ برای اینکه اگر بخواهیم وقف را مثل واجب معلق تصویر کنیم، باید زمان را ببریم در متعلق آن. کما اینکه در وجوب اگر نخواهیم زمان را شرط خود وجوب قرار دهیم پس باید آن را شرط متعلق وجوب قرار دهیم. مسلماً موسم، دخیل در حج است، نمی توانید بگوئید دخیل نیست، یا باید بگوئید شرط وجوب حج است، که می شود دخیل در وجوب و لذا می شود واجب مشروط. یا باید بگوئید شرط واجب است، یعنی وجوبش مطلق است یعنی از حالا و قبل از موسم، وجوب هست، اما چه چیزی واجب است؟ حج در موسم واجب است از حالا. وجوب از حالا است و تعلق گرفته به حج در موسم. اینجا هم می خواهیم بگوئیم وقف از حالا است یعنی زمان حیات آقای مورث. خب از حالا

هست اما به چه تعلق گرفته؟ به عبارت دیگر بالاخره فرض شده است که موت دخیل است حال چگونگی می خواهیم آن را دخالت دهیم؟ باید بگوئیم به ساختمان بعد الموت، ارض بعد الموت تعلق گرفته است.

حالا پرسش این است که سؤال این است که اصلا همچنین تصویری معقول است؟

عرفی نبودن تكثر متعلق وقف به لحاظ زمان

پس دوباره عرض می کنم چرا ما به اینجا رسیدیم؟ تصویر واجب معلقی در باب وقف مشکل تعلیق در وقف را حل می کند، دیگر تعلیق نیست، اما منوط به این است که ما بتوانیم متعلق وقف را متكثر به زمان کنیم. آیا عرفیت دارد؟ به نظر من چنین امری عرفی نیست و تنها در عالم وهم وجود دارد. شما نمی توانید خانه را به لحاظ زمان متكثر کنید خصوصا از جهت ملک آن که در وقف می خواهید با وقتتان ملک را آزاد و فک کنید یا تملیک کنید. پس خصوصا به لحاظ ملک متكثر نمی شود، کما اینکه به لحاظ عالم واقع هم تكثرش عرفا معنا ندارد. حتی اگر به یک دید دقی فلسفی ما بگوئیم جواهر هم غیر قار هستند و حرفهای دیگری را که در حرکت جوهری بیان می کنند بپذیریم این مطالب واقعا ربطی به عرفیات فقه ندارد، به لحاظ عرفی ساختمان و ارض قار هستند، و این امور قار متكثر به زمان نمی شوند. اگر متكثر نمی شود پس تقیید متعلق وقف به لما بعد الموت معنا ندارد. و این همان حرف مرحوم شیخ انصاری است که گاهی می گوید ملکیت تكثرش معنا ندارد و ملکیت از اعراض قاره است، و گاهی می گوید متعلق ملکیت قابل تكثر نیست. جواهر را نمی شود متكثر به زمان کرد، به خلاف منافع که تصرم دارند و حدوث و سیلان دارند و آنها را می شود به زمان متكثر کرد.

ما الان درگیر متعلق وقف هستیم که شبیه متعلق ملک است، در مقام این هستیم که بتوانیم این را متكثر به زمان کنیم. به نظر ما نمی شود و این عرفی نیست که زمین زراعتی را بگوئید متكثر می شود به زمین زراعتی دیروز، زمین زراعتی امروز و زمین زراعتی فردا. نه، عرفیت ندارد. به خلاف منافع متصرمه یک ساختمان که می شود گفت منافع امسالش، منافع یک سال بعدش. حال ولو به دید دقی اینجا هم ممکن است شما بگوئید استمرار است، ولی عرف این تكثر را واقع می کند.

اگر تكثر در اعیان واقع نشود آنوقت نمی شود وقف ارض یا ساختمان بعد از موت را تصویر کرد. این معنا ندارد، چون ساختمان، قبل از موت و بعد از موت ندارد. لذا این اشکال بر تصویر وقف به صورت واجب معلق وارد است. بنابراین در این تصویر بطلان در «و الا بطل» نه از باب تعلیق بلکه از باب عدم تصویر واجب معلق در ناحیه وقف اشیاء و اموال است.

استشهاد به کلام مرحوم سید برای معقول بودن فرض وقف به صورت واجب معلق

مرحوم سید در همین بحث بطلان معاملات معلق می گوید عمده دلیل اجماع است، «ان تحقق الاجماع فهو و الا فهو مشکل» که ما دلیلی بر بطلان وقف معلق نداریم. بعد ایشان می گوید «فلا حوط مراعاة الاحتياط». با اینکه مرحوم سید فقیه شجاعی است و آنهایی که ما می ترسیم و احتیاط می کنیم ایشان احتیاط نمی کند، اینجا جرأت نکرده اقوال این همه فقیه را در طول زمان که اشتراط و تعلیق را موجب بطلان معامله دانسته اند نادیده بگیرد و معامله معلق را صحیح بداند لذا احتیاط می کند.

ایشان در ذیل بحث تنجیز می فرماید:

«ثم لا يخفى أنه إذا قال: وقفت إن جاء زيد يحتمل وجوها: أحدها: أن يكون على نحو الشرط المتأخر على وجه الكشف، فإذا كان يجيء في الواقع يكون وقفا من الاول»^۱.

اگر بگویید «وقفت إن جاء زيد» علاوه بر تصویر به صورت شرط مقارن که الان انشاء می کند وقف را منتهی وقف تا زمان مجيء زيد حاصل نمی شود، تصویر دیگری دارد که به نحو شرط متأخر باشد علی نحو الكشف. یعنی چه؟ یعنی اگر الان می گوید «من وقف کردم به شرط اینکه مجيء زيد شود» اگر مجيء زيد یک هفته بعد محقق شد چون مشروط بودنش به مجيء زيد به نحو شرط متأخر است بدین معنا است که اگر یک هفته بعد مجيء زيد محقق شد از حالا وقف حاصل است آنهم به نحو الكشف، یعنی کشف می کند که از اول وقف بوده است. این هم یک تصویر و محتمل است. یعنی اشتراط به نحو شرط متأخر. حالا این الان بحث ما نیست.

در ادامه ایشان به همین تصویر واجب معلق می پردازد. می خواهیم این را شاهد بیاوریم بر معقول بودن تصویر وقف واجب معلق تا دوستان نگویند که رفته اید در عالم هورقلیا و فروض عجیب را مطرح می کنید. مرحوم سید هم تصویر واجب معلق را بیان کرده است.

^۱ تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۱۹۶

ایشان در ادامه صورتهای مفروضه برای «وقفت إن جاء زيد» می فرماید: «الثانی: أن يكون على نحو الواجب المعلق بأن يكون المراد انشاء الملكية حين المجيء و لازمه عدم جواز التصرف بوجه آخر قبله لو علم بمجيئه لأنه أنشأ وقفيته في ذلك الوقت».^۱

تبیین نادرست مرحوم سید از وقف به صورت واجب معلق

ایشان می گوید تصویر دوم این است که به نحو واجب معلق باشد. و به نظر ما ایشان واجب معلق را در مقام درست تطبیق نکرده است. چه جور ایشان تصویر کرده است؟ بأن يكون المراد انشاء الملكية حين المجيء. فرض این است که مجيء مال یک هفته بعد است، الان دارد انشاء می کند، چه چیزی را؟ ایشان می گوید ملکیت حين المجيء را. عرض ما این است که: این فرمایش درست نیست. به نظر ایشان تصویر واجب معلق این است که انشاء کنیم ملکیت حين المجيء را. ملکیت حين المجيء که بعدا است. درست است که انشائش حالا است. خب در واجب مشروط هم انشاء حالا است. مثلاً در صبح می گویم اگر زيد آمد يجب عليك اكرامه. «يجب عليك اكرام زيد إن جاء زيد عند الزوال یا إن زالت الشمس». من پنج ساعت قبل از زوال شمس گفته ام «إن زالت الشمس يجب اكرام زيد». اینکه انشائش صبح است. بحث در واجب معلق این نیست که انشائش از قبل است. بحث در این است که وجوبش که منشأ است هم حالا است، یعنی زمان انشاء است. منشأ که وجوب است در همان زمان انشاء حاصل می شود. چیزی که نیست متعلق الوجوب است. آن در زمان انشاء محقق نیست.

حالا شما اینجا ببینید، ایشان می گوید: «أن يكون على نحو الواجب المعلق بأن يكون المراد انشاء الملكية حين المجيء». ملکیت حين المجيء که همان مثل وجوب عند الزوال است. انشاء وجوب عند الزوال که همان واجب مشروط است. حالا عند یا منوطاً فرقی در بحث ما نمی کند. اینکه همان واجب مشروط است. شما اگر بخواهید تطبیق کنید به واجب معلق باید بگوئید که انشاء الملكية الان و حصول الملكية الان نسبت به ارض عند المجيء مثلاً. که مجيء را قید آن متعلق الملكية قرار بدهید. اگر می خواهد واجب معلقی باشد باید به این صورت تصویر کنید.

بله در جاهایی که یک وصف دیگری روی ملکیت می آید، ممکن است شما آن وصف را با ملکیت مانند واجب معلق لحاظ کنید اما نسبت به بحث ما چون وقف، تملیک است یا تحریر و فک ملک است اگر بخواهید وقف را به نحو

واجب معلق ببینید، باید انشاء وقف حالا باشد مُنشأ و وقف به حمل شایع نیز باید الان حاصل شده باشد فقط متعلق وقف الآن نباشد. متعلق وقف چیست؟ ارض فی زمان خاص. ساختمان در زمان خاص. این متعلق وقف و متعلق ملکیت است. بنابراین این بیان مرحوم سید برای واجب معلق درست نیست.

در ادامه مرحوم سید احتمال سومی را نیز در این وقف بیان می کنند. می فرمایند: «الثالث: أن يكون على نحو الواجب المشروط على نحو الوصية بمعنى حصول الوقفية بعد ذلك لا حين الانشاء»^۱.

تصویر ایشان از واجب مشروط صحیح است و درست است که لا حين الانشاء وقفیت حاصل می شود. اما تصویر ایشان از واجب معلق درست نیست. اینکه انشاء الملكية حين المجيء است، کافی نیست علاوه بر اینکه انشاء ملکیت حين المجيء است، باید بگویند ملکیت حين المجيء هم الان حاصل است، پس چه چیزی حاصل نیست؟ ایشان آن را بیان نکرده است زیرا قدری خلط بحث شده است. پس چه چیزی در آینده است؟ باید حين المجيء را بزیند به متعلق ملکیت تا مانند واجب معلق شود.

این هم نکته ای است که در بحث داشتیم.

نتیجه بحث

پس نتیجه بحث این شد که این فرمایش ماتن که «هو وقف بعد موتی» که معمولاً در کلمات فقهاء دو شقی طرح شده، یا هو وصية بالوقف به نحو وصیت عهدیه که وارث یا وصی، وقف کنند، و این احتمال قطعاً درست است و بحثی در آن نیست. در ثلث مال ممضاة است و در مازاد بر ثلث منوط به اجازه وارث می شود. شق دیگرش را وقف معلق گرفته اند. و لذا گفته اند باطل است. ما می گوئیم یک شق دیگری دارد، که وقف مشروط یعنی معلق در اصطلاح آقایان نباشد، بلکه به نحو واجب معلق باشد. که در این صورت تعلیقی در خود وقف نیست، پس وقف از این جهت باطل نیست. اشکالش این است که وقف واجب معلق منوط است به اینکه بتوانیم تصویر کنیم که متعلقش به لحاظ زمان متکثر می شود. یعنی بتوانیم متعلق وقف را نسبت به قبل الموت و بعد الموت تکثیر کنیم و بگوئیم وقف خورده به ارض بعد الموت. این اشکال دارد. این یک اشکال.

^۱ همان

به علاوه اشکالی که به تبع برخی از فقهاء معاصر بیان کردیم که بعد از موت مال به ورثه منتقل می شود لذا میت مالک آن نیست و «لا وقف الا فی ملک». بعد از موت شما مالک نیستید که می خواهید وقف کنید ملک بعد از موت را. و ما گفتیم این استدلال خوبی بر بطلان است، منتهی این استدلال شبهه ای دارد که در مطلب بعدی به تفصیل بحث می کنیم. علی ای حال می گوئیم آن استدلال در اینجا هم می آید. چون هر چند شما این وقف را به صورت واجب معلقی تصویر کنید اما در هر صورت می خواهید ملک بعد از موت را تملیک کنید. می خواهید ارض و ساختمان بعد از مرگ را منتقل کنید. اشکال این است که مورث در زمان حیات خود چه حقی دارد که ملک بعد از موت را که مال ورثه است وقف کند «ولا وقف الا فی ملک»؟!

مگر به بیانی که الان در مطلب دوم می خواهیم بگوئیم که بحث خیلی دشواری می شود.

پس در مطلب اول بحث ما این است که شق سوم قابل تصویر است، منتهی دو اشکال دارد:

یک اشکالش راجع به عدم تصویر تکثر متعلق وقف به زمان است.

اشکال دومش اشکال مشترک با هو وقف بعد موتی است به نحو واجب مشروطی. که آن ملک یا هر چه که هست بعد الموت مال ورثه است، این آقا از حالا دارد آن را وقف می کند آن ملک دیگری را.

منتهی یک تعلیقه اینجا دارد که خواهد آمد.

این مطلب اول.

انشاء الله جلسه بعد مطلب دوم خواهد آمد.

«والسلام علیکم و رحمة الله».

باسمه تعالی

| | |
|--|-----|
| مسأله ۲۳: وقف بعد الموت | ۷۶۸ |
| خلاصه گذشته | ۷۶۸ |
| تعمیق در اشکال مبانی منهاج الصالحین | ۷۶۹ |
| نقض به وصیت تملیکیه | ۷۶۹ |
| جواب از نقض به وصیت با تمسک به استثناء خود آیات وصیت | ۷۷۰ |
| بحث استطرادی درباره استثناء وصیت و دین | ۷۷۱ |
| وقف بعد الموت هم می تواند وصیت باشد | ۷۷۲ |
| تنقیح معنای وصیت | ۷۷۳ |
| نقضهایی به تعریف وصیت | ۷۷۴ |
| پذیرش مصادقیت وقف برای وصیت توسط آیت الله حکیم | ۷۷۵ |
| وصیت بودن وقف هر دو اشکال تعلیق و لا وقف الا فی ملک را حل می کند | ۷۷۶ |
| امکان قول به تساوی وقف با وصیت حتی در صورت عدم مصادقیت وقف برای وصیت | ۷۷۷ |
| خلاصه نکات سابق | ۷۷۷ |

مسأله ۲۳: وقف بعد الموت

خلاصه گذشته

بحث ما در مساله ۲۳ تحریر در حکم کسی بود که بگوید «هو وقف بعد موتی». فروض مساله بیان شد. جزو تتمه های بحث تصویری از وقف به صورت واجب معلق ارائه دادیم. و اکنون می خواهیم تعمیقی درباره استدلال مرحوم آقای قمی بر بطلان وقف بعد از موت بیان کنیم.

تعمیق در اشکال مبانی منهاج الصالحین

غیر از اشکال تعلیقی بودن وقف در «هو وقف بعد موتی» مرحوم آقا تقی قمی در مبانی منهاج الصالحین اشکال دیگری بر صحت این وقف بیان فرمودند که به صورت إن قلت در تقریرات برخی از فقهاء معاصر هم آمده بود و آن تمسک به قاعده «لا وقف الا فی ملک» است. گفته شد که علی الظاهر این عبارت در روایات وارد نشده است اما قاعده ای اصطیادی است که از روایات یا خود مفهوم وقف استفاده می شود. چون مفهوم وقف، سلطه واقف بر عین موقوفه را می طلبد، لذا واقف باید مالک آن باشد و یا مسلط بر این کار باشد. بنابر این وقف در غیر ملک و در ملک دیگری صحیح نیست.

دوستان خیلی دقت کنند زیرا بحثها اینجا خیلی پیچیده می شود. استدلال مبانی منهاج الصالحین این بود که بعد الموت مال منتقل می شود به ورثه. لذا مورث در زمان حیاتش حقی نسبت به بعد از موت ندارد و مالک عین بعد از موتش نیست تا بتواند در آن تصرف کند و آن را وقف نماید.

ما از این اشکال دفاع کردیم و در مقابل برخی از فقهاء معاصر که فرمودند مالکیت حین الانشاء برای صحت وقف کافی است گفتیم واضح است که این حرف نادرست است و شواهدی بر نادرستی آن ارائه کردیم.

نقض به وصیت تملیکیه

به نظر می رسد در اینجا این دقت لازم است که چرا می فرمایند تصرف مالک در زمان حیات خودش به این صورت که بخواهد وقف کند اشکال دارد؟ پاسخ دادند که اموال منتقل به ورثه می شود. سوال این است که در وصیت تملیکیه چه می گوئید؟ وصیت تملیکیه این است که شخص وصیت می کند به مال و تملیک می کند مالی را برای دیگری بعد موتش. می گوید «هذا لزيد بعد مماتي». اگر استدلالتان این است لازم است وصیت تملیکیه را نپذیرید. چون مالک مال را برای بعد موتش تملیک می کند و بعد مماتش این مال به ورثه منتقل می شود. پس بر چه اساس شما می فرمائید که این وصیت درست است؟

در وصیت تملیکیه به این نحو علی الظاهر اشکالی نیست و داخل در وصیت است. گرچه مرحوم آقای خوئی در آن بحثی که در جلسه قبل بیان شد در نذر نتیجه فرمودند تملیک می شود لما بعد الموت علی الاصح. حالا علی الاصح را نفهمیدم. ولی ظاهرا اصل مساله مخالفی نداشته باشد، و اگر مخالفی نیز هست بالاخره قول مشهور فقهاء که حتما این است که وصیت تملیکیه درست است. لذا در اول بحث وصیت که شاید بعضی نکاتش را خواندیم تصریح می کنند وصیت دو قسم است عهدیه و تملیکیه. البته در وصیت تملیکیه بحث زیاد است که آیا این عقد است یا ایقاع است، قبول لازم است یا

رد موصی له اشکال ایجاد می کند. فعلا به این فروعات مساله کاری نداریم. می خواهیم بگوئیم همانطور که تملیک از ناحیه مورث در زمان حیات خودش معقول است، وقف هم معقول و ممکن باشد، چه فرقی می کند، وقف هم یک تصرف است تملیک هم یک تصرف است.

پس دو مشکل پدید آمد: یکی اینکه تفکیک بین وقف و وصیت تملیکیه چه وجهی دارد؟ خب یکی هستند. ثانيا وجه صحیح بودن وصیت تملیکیه چیست و با این بیانی که آقایان گفته اند چطور در وصیت عهدیه فائلد اشکال ندارد مالک نسبت به ما بعد موتش تملیک می کنند. زیرا تحلیلشان این است که در وصیت عهدیه، موصی حالا تملیک نمی کند، عهدی است که ورثه یا وصی بعدا تملیک کنند. اما در وصیت تملیکی قبول دارند که موصی دارد در زمان انشاء وصیت، تملیک می کند لما بعد الموت؛ پس چرا اشکال نمی کنید؟

جواب از نقض به وصیت با تمسک به استثناء خود آیات وصیت

در اینجا فرق دقیقی وجود دارد که باید به آن توجه نمود. در وصیت مسئله روشن است، چون در آیاتی که ارث را برای طبقات ارث و افراد ثابت می کند آن برای بعد از وصیتی که میت به آن وصیت کرده یا دینهای او ثابت می کند. یعنی اینکه ثلث را یا ثمن یا سدس را برای ورثه ثابت می کند، این من بعد وصیه یوصی بها او دین است.

در سوره نساء آیه ۱۱ و ۱۲ و آیات دیگر این مطلب ذکر شده است. مثلا در آیه ۱۱ سوره نساء می فرماید: (یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین فإن کنّ نساءً فوق اثنتین فلهن ثلثا ما ترک). این دلیل مالکیت ورثه است، برای زنانی که بیش از دو نفر باشند دو ثلث ما ترک است، طبق فریضه والباقی بالرد (و إن کانت واحدة فلها النصف) طبق فرض، و بقیه را هم به رد می دهند بعد از اینکه فرضهای دیگر خارج می شود (ولابویه لكل واحد منهما السدس مما ترک إن کان له ولد فإن لم یکن له ولد و ورثه ابواه فلاّمه الثلث) این هم راجع به ابوین است که برای هر کدامشان سدس است. اینجا پدر و مادر مساوی در ارث هستند. این هم باز دلیل مالکیت پدر و مادر است. در ادامه می فرماید: (من بعد وصیه یوصی بها او دین) یعنی تثبیت این ارث برای ورثه من بعد وصیه یوصی بها او دین است.

خب در آن استدلالی که در این یکی دو روز گذشته آمد و ما آوردیم به این توجه نکرده اند که ورود به ملک ورثه من بعد وصیه یوصی بها او دین است.

بحث استطرادی درباره استثناء وصیت و دین

البته یک بحث فوق العاده دشوار ودقیقی اینجا هست که آیا (من بعد وصیة یوصی بها أو دین) بعد از این است که مال در ملک ورثه داخل می شود لکن ورثه حق تصرف ندارند تا به وصیت عمل کنند یا دین را بپردازند؟ پس به موت مورث، تمام اموال به همان صورتی که در فرائض آمده داخل ملک ورثه می شود لکن آنان ممنوع از تصرفند مگر بعد از اینکه وصیت و دین را از مالشان بیرون برند. یا اینکه اصلاً به ازاء وصیت و دین از اموال میت، اصلاً وارد ملک ورثه نمی شود؟

اگر تصویر دوم را برگزیدیم پرسش دیگری پیش می آید که این مال تا زمان پرداخت کجا هست؟ یا باید بگوئیم دین و وصیت مستقیم از ملک مورث برداشت می شود. یعنی همانطور که بخشی از آن از ملک میت به ورثه منتقل می شود، بخشی از آن هم می رود برای وصیت و دینش. یعنی دین از اول از مال مورث برداشته می شود و الباقی وارد ملک ورثه می شود.

پس این دو صورت است، منتهی اینها الان بحث ما نیست.

بحث ما الان راجع به این است که این شبهه که وقف هم مثل وصیت است، بلکه هو وصیة طبق بحثی که خواهیم کرد، در وصیت تملیکیه شبهه شد که چگونه میت می تواند مالی که وارد ملک ورثه می شود تملیک کند؟ جوابش این است که من بعد وصیة یوصی بها أو دین است. یعنی از اول خداوند متعال یا فرموده است که مالی که به ازاء وصیت است اصلاً وارد ملک ورثه نمی شود، یا فرموده وارد ملک ورثه می شود و حق تصرف ندارند تا وصیت و دین، خارج شود. پس قضیه وصیت درست و اشکالی ندارد.

بله این نکته هست که وصیت تا ثلث مال در اختیار مالک است و وصیت تملیکیه صحیح است و در مازاد از ثلث منوط به اجازه ورثه است. همانند وصیت عهدیه که وقتی وصیت می کند که این مال را وقف کنید یا این مال را به زید بدهید، در اندازه ثلثش لازم است به عهد او وفاء کنند و مال را وقف کنند یا به زید تملیک کنند اما در الباقی منوط به اجازه آنها است لذا اگر خواستند انجام می دهند و اگر نخواستند رد می کنند. در اینجا نیز به همین صورت است.

پس اشکال در وصیت تملیکیه منحل است. به این صورت که وصیت از موارد استثناء از ارث می باشد. اما در وقف

چرا حل نباشد؟

وقف بعد الموت هم می تواند وصیت باشد

اگر کسی بگوید که وقف هم عین آن وصیت تملیکیه است. مگر شما در وصیت، تملیک نمی کنید لما بعد الموت را، چه اشکالی دارد که در وقف هم به همین صورت باشد.

بحث مهمی در اینجا وجود دارد، که آیا وقف وصیت است؟ جلسه گذشته نیز این بحث مطرح شد می توان تصویر کرد که که «هو وقف بعد موتی» ایصاء به نتیجه باشد. و اصلاً وقف، مصداق وصیت باشد. اگر وقف وصیت نباشد داخل در استثناء نیست، چون نه وصیت است و نه دین و لذا دلیلی نداریم که در زمان حیات، فرد بتواند تصرف برای بعد الممات کند.

به تعبیر دیگر بنابر آیات شریفه باب ارث، تمام اموال مورثی که الان زنده است بعد از موتش داخل در ملک ورثه می شود و فقط به اندازه وصیت و دین کنار می رود. اگر وقف، وصیت و دین نباشد آن اشکال مسجل می شود. و گرنه در وقف هم باید بگوئیم وقف هم مانند وصیت تملیکیه در ثلث اشکال ندارد، و آن استدلال مرحوم آقا تقی قمی که گفتیم لا وقف الا فی ملک و بعد از موت دیگر میت مالک این مال نیست، صحیح نیست چون می گوئیم چرا ملکی نیست؟ در ثلث می تواند تصرف کند لذا وقف می کند و صحیح است.

اما اگر کسی بگوید وقف وصیت نیست آنوقت این اشکال مسجل می شود، چرا؟ چون تمام اموال می شود مال ورثه و در مال ورثه که نمی تواند تصرف کند.

اینجا دو نکته باقی است که بحث خیلی پیچیده و دقیق می شود: آیا وقف وصیت نیست؟ مگر وصیت تملیکیه چیست؟ وصیت تملیکیه اصلاً همین است، عبارت است از تملیک لما بعد الموت. خب وقف یا تملیک است یا فک ملک است، لذا آن هم مصداق همین است. چرا وصیت نباشد؟ همینکه می گوید هذا وقف لما بعد موتی می شود وصیت. مگر وصیت ویژگی خاصی دارد. وصیت تملیکیه این است که آقای مورث حالا در زمان حیات خودش می گوید «هذا ملک لزید بعد مماتی». این می شود وصیت تملیکیه. چرا اون وصیت نباشد؟! خیلی بحث مشکل و دقیق می شود. که آیا وقف لما بعد موتی مصداق وصیت است تا آن اشکال مبانی منهاج الصالحین کلاً مندرفع شود، چون داخل در استثناء می شود و دیگر نمی توان اشکال کرد که این آقا چه حق دارد برای بعد الموتش وقف کند و تصرف در این مال کند. چون پاسخ می دهیم این وقف مثل وصیت تملیکیه، در ثلث که صحیح است و در مازاد به اجازه وراثت است. پس نباید از باب اینکه

تصرف در ملک دیگران است بگوئید لا وقف الا فی ملک. این حرف غلط است. در واقع سلطه و سلطان مالک برای تصرف در بعد الموت را خود خداوند قرار داده است. من بعد وصية يوصى بها أو دين. بله مگر شما بگوئید وقف لما بعد الموت وصیت نیست و عنوان وصیت بر آن صدق نمی کند. اینجا بحث دقیق و مشکل است.

تنقیح معنای وصیت

در اینکه حقیقت وصیت چیست بحث است مناسب است در ابتدا فرمایش فقهاء را در وصیت تملیکیه بیان کنیم. در بحث وصیت عروه بعد از طرح بحث لغوی از وصیت و اینکه از چه ماده ای است از وَصَّى یَوْصِی یا أَوْصَى یَوْصِی یا وَصَى یَصِی، که اینها خیلی تأثیری در بحث ما ندارد، فرموده اند:

«وهی إما تملیکیه أو عهدیة، و بعبارة اخرى إما تملیک عین أو منفعة أو تسلیط علی حق أو فک ملک (اینها همه یک جاست، دلیل دارد که چرا اینها را اضافه کرده اند)، أو عهد متعلق بالغیر، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه».^۱

حقیقت وصیت یا تملیک است یا عهد است یعنی یک نوع سفارش کردنی است که شارع گفته این سفارش باید عملی شود. سفارش راجع به چه کسی؟ فرد می گوید راجع به غیر سفارش می کنم مانند اینکه این مال را بدهید به زید. بدهید یعنی تملیکش کنید. سفارش به تملیک کردن وصی یا ورثه است. من خودم تملیک نمی کنم سفارش به تملیک می کنم. این سفارشی است یعنی عهد و التزامی است که شارع گفته باید این عهد را رعایت کنید. یا عهدی است متعلق به خودش. یعنی چه؟ یعنی سفارش می کند مرا تجهیز کنید، کفنم اینطوری باشد، دفنم اینطوری باشد. خب اینها هم می شود عهدی نسبت به خودش.

مرحوم محقق حلی در شرایع درباره وصیت تملیکیه می فرماید: «وهی تملیک عین أو منفعة بعد الوفاة ونسب ذلک الی اکثر الاصحاب».^۲

پس در باب وصیت تملیکیه لازم نیست عنوان «الوصية» و «الایصاء» و «وصیت می کنم» را بکار ببریم. گفته است حقیقتش تملیک عین بعد الوفاة است. همینکه بگویم «ملکت زیدا داری بعد الموت یا بعد مماتی» خود این مصداق وصیت

^۱ العروة الوثقی (المحشی)؛ ج ۵، ص: ۶۵۱/۶۵۲

^۲ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، ص: ۵۳۴

است. خوب دقت کنید این بحث مهم و جالبی است. این مصداق وصیت است. لازم نیست بگویید «أوصی» و انشاء کند مفهوم الوصیة را. و این بسیار مشکل است که بخواهیم بحثهای بعدی را به این صورت تطبیق کنیم. می گوید تملیک عین بعد الوفاة اصلاً خودش مصداق وصیت است. دیروز هم من عرض کردم مکرر که اصلاً خود این مصداق وصیت است نه اینکه عنوان الایصاء لازم باشد.

خب همین حرف را چرا در وقف نمی گوئید؟ اگر من بگویم وقف داری بعد مماتی، خب این وصیت است. وصیتی است که به وقف تطبیق می شود.

نقضهایی به تعریف وصیت

لذا عده ای فرموده اند لازم است این تعریف که وصیت تملیکیه «تملیک عین أو منفعة بعد الوفاة» است را به مجانیت تقیید کنیم و گرنه به بیع نقض می شود. زیرا اگر کسی بگوید «ملکتک هذا بذاک بعد وفاتی» این هم وصیت است و تعریف این را نیز شامل می شود لذا باید با قید مجانیت آن را خارج نمود که در این صورت هم وقف را نیز شامل می شود.

و لذا در مسالک نقض کرده است بر شرایع: «و یتنقض فی عکسه ایضاً بالوصیة بالعتق»^۱ بالوصیة بالعتق نه وصیت عهدی که وصیت کند این بنده را آزاد کنید. بلکه به وصیت تملیکیه که با موت، عتق محقق شود. بگوید «انت حرّ دبر مماتی یا بعد موتی». مرحوم شهید ثانی می فرماید اگر شما گفتید که وصیت «تملیک عین أو منفعة بعد الوفاة»، بعد بعضی ها اضافه کردند که «أو تسلیطاً علی تصرف بعد الوفاة»^۲، تا ولایت و مانند آن را نیز شامل شود، «کما فی النافع» در مختصر النافع خود صاحب شرایع تسلیط علی تصرف بعد الوفاة را هم اضافه کرده است. در تذکره قید مجانیت را هم اضافه کرده اند. برای چی؟ «لاخراج الوصیة بالبیع و التملیک المعاوضی». برای اینکه اینها را بیرون کنند. مگر وصیت بالبیع مشکلی دارد که وصیت کنید بیع کنید؟ می فرماید اگر مالک بگوید «ملکتک هذا بذاک بعد موتی» به طوری که تا موت حاصل شد بیع حاصل شود. این هم بیعی است که وصیّة. چرا؟ چون تملیک بعد الموت است. لذا قید مجانیت را در وصیت اخذ کرده اند که این بیع را خارج کنند.

۱ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۶، ص: ۱۱۵

۲ المختصر النافع في فقه الإمامية؛ ج ۱، ص: ۱۶۳

نکته دقیق اینجا است که فقها چنین بیعی را اگر قید مجانیت نیاید مصداق وصیت می دیدند، وهمینطور تملیک معاوضی را. مرحوم صاحب مسالک نقض کرده است به وصیت به عتق، «فإنه فك ملك لا تمليك للعبد» که به این کار نداریم، «و كذا التدبير» که می گوید انت حرّ بعد مماتی «على القول بأنه وصية كما ذهب اليه الاكثر».

تدبیر عبارتش این است که انت حر بعد مماتی. وقتی می فرمایند که این تدبیر وصیة است چرا «هذا وقف بعد مماتی» وصیت نباشد؟!

ولذا بعد صاحب مسالک نقض می کند به وصیت به ابراء المديون. اگر آقای مالک بگوید «انت مبرّی بعد مماتی»، این ابراء دین مدین است و مصداق وصیت است. همچنین با وقف مسجد که بگوید که این زمین را وقف کردم به عنوان مسجدیت بعد مماتی. این نیز هم مصداق وقف است و هم مصداق وصیت. می گوید: «والوصية بابراء المديون و بوقف المسجد فإنه فك ملك أيضاً وبالوصية بالمضاربة والمساواة...»^۱.

پذیرش مصداقیت وقف برای وصیت توسط آیت الله حکیم

مرحوم آقای حکیم در مستمسک اینجا اشکال می کند، می گوید: «و فيه المنع من صحة الوصية بما ذكر عدا التدبير الذي دلّ عليه الدليل». می فرمایند برای اینکه تدبیر، وصیت باشد دلیل آمده است ولی برای بقیه وصیتهایی که ذکر شد دلیل نداریم لذا منع می کنیم و می گوئیم صحیح نیست.

اینکه صحیح نیست آیا یعنی دلیلی بر صحت ندارند یا عنوان الوصیة بر آنها صدق نمی کند؟ ظاهر ایشان این نیست که عنوان وصیت صدق نمی کند. حالا الان عبارت را می خوانم که می فرماید:

«و اما غيره مما ذكر (مثل وصیت به ابراء مديون و به وقف مسجد) فلا دليل على صحة الوصية فيه للاجماع على بطلان الانشاء المعلق».

بحثهای مهمی است، حتی در فهم عبارت تحریر الوسیله. آن اختلافی که در جلسات گذشته بیان شد و در فرمایش آیت الله فاضل و دیگران نیز هست به این مطلب حاضر مربوط می شود. آقای حکیم می گوید وصیت به صورت وقف و ابراء درست نیست. چون اینها معلق هستند. اشکال را برده اند بر سر تعلیق نه بر سر وصیت. ببینید الان به بحث ما خیلی

مربوط است. نمی گوید وصیت نیست. می گوید معلق است و اینجور معلق دلیل می خواهد. (حالا استدلالشان درست است یا نه به آن می رسیم).

می فرماید: «بلا فرق بین آن یكون المعلق علیه الموت و غیره» اجماع داریم که انشاء معلق باطل است حالا معلق علیه موت باشد یا غیر آن «فلا یصح الوقف المعلق علی الموت و لا البراء المعلق علی الموت». چرا؟ می فرمایند: از باب تعلیق. سؤال می کنیم که جناب آقای حکیم! اینها وصیت هستند؟ ایشان ظاهراً نمی خواهد صدق عنوان وصیت بر اینها را منع کند. بلکه می گوید مشکل از باب تعلیق است. چون بعداً می گوید اگر تعلیق نباشد چه مانعی از وصیتشان هست. بعد در اشکال به صاحب جواهر می فرماید: «إذ فیها: یکفی فی الصحة صدق البیع و عمومات صحته بعد أن لم یکن التعلیق علی الموت مانعاً عن صحته کما ادعاه» اولاً می گوید اگر تعلیق نباشد بیع بعد الموت به عنوان بیع صحیح است. که فعلاً به این کاری نداریم «مضافاً الی أن عمومات صحة الوصية ولزوم العمل بها کما علیه الاصحاح المستفاد من قوله تعالی.... کافیه فی دعوی الصحة»^۱.

ایشان به صاحب جواهر اشکال می کند اگر شما مشکل تعلیق را حل کردید عمومات وصیت اینجا را می گیرد، یعنی صدق وصیت می کند.

پس عرض ما این است که معلوم می شود این مطلب اختلافی است. دوستان باید یک دقت و تتبعی انجام دهند که اینجور امور مثل وقف بعد الموت، ابراء بعد الموت هذا وصية أم لا. این دو فائده دارد: یکی اینکه اگر وصیت باشد، ما عبارت تحریر را جور دیگری باید بفهمیم. اینکه فرمود «فإن فهم منه أنه وصية بالوقف صح و الا بطل» که وقف معلق باشد وقف معلق هم ایصاء است. منتهی این ایصاء را شما می خواهید بگوئید باطل است چون معلق است. آنوقت مگر ایصاء معلق اشکال دارد؟ این یک اشکال اساسی می شود. اگر گفتید ایصاء است، اصلاً تعلیق در ایصاء که مبطل نیست، کل ایصاءها تعلیق به موت است. خیلی بحث دقیقی شد.

وصیت بودن وقف هر دو اشکال تعلیق و لا وقف الا فی ملک را حل می کند

اگر شما هو وقف بعد موتی را مصداق ایصاء بگیرید، خب اطلاعات ایصاء آن را تصحیح می کند، می گوید تعلیق در وصیت که مبطل نیست. این یک نکته.

نکته دوم: اینکه در اینجور وقفها دیگر اشکال به اینکه تصرف در مال خودم نیست چون بعد الموت من مالک نیستم نیز باطل می شود. چون داخل در استثناء من بعد وصیه یوصی بها او دین است. کما در وصیت تملیکیه مانعی نیست در این وقف هم نباید مانعی باشد، چون این هم مصداق وصیت است، چه فرقی کرد. این هم یک نکته.

امکان قول به تساوی وقف با وصیت حتی در صورت عدم مصداقیت وقف برای وصیت

مطلب سوم اینکه حتی من می خواهم بگویم حتی اگر وقف و امثال این، مصداق وصیت هم نباشد ولی بعید نیست ما بگوئیم از جهت تصرف لما بعد الموت مساوی با وصیت است. اگر انسان به حساب استثناء در آیه شریفه حق دارد که لما بعد الموت تصرف در ملکش کند، حالا این تصرف به عنوان تملیک باشد که وصیه یا وقف باشد که ولو بگوئیم عنوان وصیت روی آن نیست یا ابراء مدیون باشد چه فرقی می کند. ظاهراً آنجا که وصیت تملیکیه را پذیرفتیم که می گوئیم من بعد وصیه از باب این است که سلطنتی برای خود مالک قرار دادند لما بعد الموت. بگوئیم این سلطنت در باب وقف هم مانع می شود که اشکال کنیم به تصرف لما بعد الموت. بلکه حالا اینکه می شود وقف معلق اشکال دیگری است ولی اشکال به لا وقف الا فی ملک وارد نیست.

خلاصه نکات سابق

پس اگر این بیان آخری را پذیرفتید، به کلی ما عدول می کنیم از اشکال دیروز و اشکالی که بعضی فقهاء دارند را رد می کنیم. ولی اگر این بیان آخری ما را نپذیرفتید اگر وصیت باشد اشکال مندفع است، ولی اگر وصیت نباشد اشکال باقی است چون دیگر داخل در استثناء نیست.

خیلی بحث دشوار و پیچیده ای شد روی آن باید فکر کنید انشاء الله تا جلسه بعد.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

باسمه تعالی

- مسأله ۲۳: وقف بعد الموت ۷۷۸
- خلاصه بحث ۷۷۸
- وصیت بودن هو وقف بعد موتی ۷۷۹
- عدم اختصاص وصیت به تملیک ۷۸۰
- عدم امکان تصویر سه شقی با وصیت بودن وقف بعد الموت ۷۸۰
- عدم جریان اشکال تصرف در مال غیر با وصیت بودن هو وقف بعد موتی ۷۸۱
- اشکال آقای حکیم بر قول برخی به وصیت نبودن این موارد ۷۸۱
- اشکال آقای حکیم مبنی بر عدم وجود اطلاقات نفوذ تمام وصیتها ۷۸۱
- تهافت در کلام مرحوم آقای حکیم ۷۸۳
- در وصیت همیشه انشاء وصیت لازم نداریم ۷۸۳
- تعریف صاحب عروه از حقیقت وصیت و تعلیقه آیت الله بروجردی بر آن ۷۸۳
- عدم صحت کلام آیت الله بروجردی ره ۷۸۵

مسأله ۲۳: وقف بعد الموت

خلاصه بحث

بحث در مسأله ۲۳ تحریر بود. عمده بحث گذشت و در تنبیهات این مسأله نکاتی را بحث کردیم، این جلسه به دلیل اینکه جلسه آخر بحث فقه در این سال تحصیلی است، فرع جدیدی شروع نمی کنیم، لذا به تلخیص و جمع بندی بحث می پردازیم و در عین حال نکاتی را نیز اضافه می کنیم.

در مسأله ۲۳ فرمودند: «لو قال: «هو وقف بعد موتی» فإن فهم منه أنه وصية بالوقف صحّ و الا بطل». ^۱ در مباحث گذشته عرض کردیم که این جمله یک تقریب سهل دارد، و آن این است که: اگر کسی بگوید «هو وقف بعد موتی» اگر مراد وصیت به وقف باشد به معنای وصیت عهدی، یعنی وصیت می کند که بعد از مماتش وصی یا موصی له یا ورثه این مال را وقف کنند صحیح است و الا عدل دیگرش وصیت نیست، کما اینکه برخی دیگر از فقهاء معاصر هم تصریح کرده اند که و الا بطل یعنی اگر وصیت نباشد بلکه وقف ابتدائی معلق به موت باشد، باطل است. پس توجیه اینکه اگر وصیت بالوقف باشد یعنی وصیه عهدیه بالوقف، و الا بطل یعنی و إن لم یکن وصیهً بلکه یک وقف معلق باشد بنابه فرض اینکه وقف معلق باطل باشد این وقف نیز باطل است.

عرض شد شاید ظاهر عبارات مرحوم علامه هم همین باشد، ظاهر عبارات عده دیگری نیز شاید همین است که و الا بطل یعنی اگر وقف معلق باشد باطل است.

این یک تقریر سهل و ساده است.

وصیت بودن هو وقف بعد موتی

اما در جلسه گذشته پرسش مهمی را مطرح کردیم که آیا تعبیر «هو وقف بعد موتی» خود همین، وصیت نیست؟ البته وصیت غیر عهدی. آن که وصیت عهدی باشد روشن است. یعنی توصیه می کند و عهد و سفارش می کند به بازماندگان که این مال را وقف کنید، اینکه الان محل بحث نیست، روشن است که صحیح است.

بحث این است که اگر بگوید «هو وقف بعد موتی» و انشاء کند وقف را برای بعد از موت، آیا این وصیت تملیکی هست یا نه؟

بحث فوق العاده دقیقی است. جلسه گذشته عبارت صاحب شرایع و دیگران را آوردم، در بحث وصیت در اول کتاب وصیت می گویند وصیت دو جور است: وصیت عهدیه، وصیت تملیکیه. وصیت تملیکیه چیست؟ می فرمایند اگر بگوید «هذا ملک لزید بعد مماتی» این می شود مصداق وصیت.

پس ما در وصیت تملیکی کاری که می کنیم تملیک معلق بر موت می کنیم. خود این وصیه.

عدم اختصاص وصیت به تملیک

از عبارات فقها مصادیقی را نیز بیان کردم که وصیت اختصاص به تملیک ندارد. عبارات مرحوم آقای حکیم و دیگران بیان شد که می فرمایند در مثل وقف، در مثل ابراء، در مثل فک بعد الموت نیز صدق عنوان وصیت می کند. منتهی ایشان یک اشکالی دارد که شاید اشاره کردیم. اینها هم وصیه. این یک بحثی است دوستان در تعطیلات دنبال کنند بحث فوق العاده دقیقی است، که آیا عناوین مختلف ایقاعات و عقود اگر معلق به موت شدند بدون اینکه ما انشاء کنیم عنوان الوصیه را، لازم نیست بگوئیم وصیت می کنم بالبیع، وصیت می کنم بالوقف. نه، اگر خود همین عناوین انشاء شوند، مثلاً بیع بعد الموت را انشاء کند و بگوید: «بعثک هذا بذاک بعد مماتی». حالا در مثل بیع از جهت اینکه بعضی ها قید مجانیت را در تملیک وصیت شرط گرفته اند، ممکن است بیع از تحت آن خارج شود اما اگر بگوید «هذا وقف بعد مماتی» خود همین وصیت است و به نظر من لازمه کلمات عده ای از فقهاء این است که می گویند خود این وصیت است هر چند ما نرسیدیم نسبت به این موضوع فحص تام کنیم.

پس بحث بر سر این است که اگر اینطور باشد چرا بگوئیم و الا بطل؟

اگر خود همین عناوین عقود و ایقاعات وصیت باشد دو تا مسأله پیش می آید: یکی اینکه و الا بطل را چطور تصویر کنیم. ظهور اولی آن این است که در قبال وصیت است کما اینکه برخی از محشین تحریر هم همینطور تحشیه کرده اند و در قبال عدل اول که «أنه وصیه بالوقف» گفته اند این طرف که «و الا بطل» است یعنی وقف، وصیت نباشد. در حالیکه روی این بیانی که الان داریم درست می کنیم چرا شق دوم «هو وقف بعد موتی» وصیت نباشد؟ این هم وصیت است.

عدم امکان تصویر سه شقی با وصیت بودن وقف بعد الموت

آنوقت نتیجه اش این می شود که دیگر ما شقوق سه گانه نداریم که یک وقف بعد الموت تعلیقی داشته باشیم بعد دو جور وصیت داشته باشیم: وصیت عهدیه که همان وصیت به فعل است، و وصیت بالتبیحه که بگوئیم یعنی شبیه وقف بعد موتی باشد. سه تا نیست. ما یک وصیت عهدیه داریم به وقف که توصیه و سفارش می کند به بازماندگان که وقف کنید و یک وصیت مثل وصیت تملیکی داریم، همانطور که در وصیت تملیکی خود آقای مورث می گوید هذا ملک لزید بعد مماتی، در وقف هم می گوید هذا وقف بعد مماتی. می شود وصیه.

خوب دقت کنید! با این بیان دو طرف دو شق مذکور در فرع تحریر هر دوی آنها وصیت است، یکی از آنها عهدی است، یکی وصیت شبیه تملیکی است. عرض می کنم شبیه تملیکی چون وقف ممکن است باب مستقلی باشد. هر دو وصیت است.

این یک مسأله است. یعنی با این فرض که هو وقف بعد مماتی وصیت باشد، یک تفسیر دیگری از مسأله ۲۳ پدید آمد.

بنابراین مبنا یک مسأله دیگری برای ما در حکم این فرع پدید می آید، و اینکه چرا این وقف باطل باشد؟ عمده دلیلی که برای بطلان می گویند تعلیق است. در وصیت تعلیق بر موت مانع ندارد. اصلاً بنای وصیت، تعلیق بر موت است. تعلیق بر موت که مانعی ندارد.

عدم جریان اشکال تصرف در مال غیر با وصیت بودن هو وقف بعد موتی

علاوه بر اینکه با این تصویر در «هو وقف بعد موتی» دیگر اشکال دیگری را که برخی از فقهاء مطرح کرده بودند که شخص نسبت به مال بعد از موت اصلاً حق تصرف ندارد نیز مرتفع می شود. لذا این پرسش به جای خود باقی می ماند که اصلاً چرا این وقف باطل باشد؟!

اشکال آقای حکیم بر قول برخی به وصیت نبودن این موارد

بله! مرحوم آقای حکیم در جواب برخی از فقهاء که اشکال کرده اند که بر ابراء بعد از موت، بیع بعد از موت و مانند آن صدق وصیت نمی کند می فرمایند: این حرف نادرست است، چرا صدق وصیت نکنند؟ صدق وصیت می کند، عمومات وصیت هم که وجود دارد.

اشکال آقای حکیم مبنی بر عدم وجود اطلاقات نفوذ تمام وصیتها

البته ایشان اشکال دیگری دارند می فرمایند درست است که بر این وقف، صدق وصیت می کند منتهی دلیلی بر نفوذ و اعتبار این وصیت نداریم. وصیتهایی که معتبرند عبارتند از وصیت عهدیه، وصیت تملیکیه، تدبیر، فک و امثال اینها. یعنی بر هر وصیتی باید بالخصوص دلیل داشته باشیم.

ببینید اشکال ایشان در وقف بعد الموت این نیست که وصیت نیست، می گوید مطلق این وصیتها دلیل نفوذ ندارد، دلیل خاص می خواهد. در وصیت تملیک به خصوص که بگوید هذا ملک لزيد بعد مماتي می گوید دلیل داریم، در تدبیر دلیل داریم و کذا در بعضی موارد مشابه، می گوید ولی در اینجا دلیل نداریم.

حالا من عبارت ایشان را می خوانم، در مستمسک می فرمایند: «ومثلهما (در ضعیفی که ایشان ادعا کرده است) ما فيها (در جواهر) من دعوى كون الوجه فى بطلان البيع المعلق على الموت عدم صدق الوصية عليه لانصرافها الى التملك المجانى، فالمرجع فيه اصابة عدم ترتب الاثر، إذ فيها: أنه يكفى فى الصحة صدق البيع و عمومات صحته».

یک جواب این است که ما اصلا کار به وصیت نداریم، بیع هست و عمومات بیع. بعد می گوید:

«مضافا الى أن عمومات صحة الوصية و لزوم العمل بها... كافية فى دعوى الصحة، و لا وجه لدعوى اختصاص العموم بالتملك المجانى كما سبق (عمومات وصیت مختص به تملیک مجانی نیست)، بل لا وجه لاختصاصه بالتملك (اصلا دلیل نداریم که وصیت مختص به تملیک باشد، کأن وقف را هم می گیرد)، إذ لا موجب لهذا التخصيص فيشمل جميع انواع الايقاعات و العقود (وقف بعد موتی هم وصیت است. بر جمیع عقود و ایقاعات صدق می کند)، و لاجل عدم بنائهم على ذلك يتضح (و چون بنائشان بر این نیست که وصیت مختص باشد به مثل تملیک مجانی يتضح که) أن الوجه فيه (وجه در مثل غیر تملیک) هو التعليق الممنوع الا فيما دل الدليل على خلافه (می گوید وجه در بطلان وقف بعد الموت، ابراء بعد الموت و امثال این دلیل بر بطلانش تعلیق آنها است، مگر در آنجایی که دلیل بگوید مانع ندارد) و هو التملك المجانى والتسليط على التصرف -المعبر عنه بالوصاية- و التدبير و المضاربة...»^۱.

خلاصه حرف این می شود که اینها وصیت هستند، و در این وصیتها تعلیق بر موت نهفته است، منتهی ایشان گفته چه کسی گفته است که تعلیق بر موت در مطلق وصیت جائز است؟ در وصیتهایی جائز است که دلیل خاص بر آنها اقامه شود، و الا در وصیت و غیر وصیت تعلیق باطل است. بله در وصیت عهدی درست است، در وصیت تملیکی درست است، در مثل تدبیر درست است چون دلیل خاص دارد، الباقی گرچه وصیت هستند ولكن بخاطر تعلیقشان باطل هستند.

۱ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، ص: ۵۳۶/۵۳۵

تهافت در کلام مرحوم آقای حکیم

حالا جواب ایشان یک بحث فقهی مفصل می خواهد و ما باید ادله وصیت را نگاه کنیم، ولی در کلام ایشان یک تهافتی هست.

خود ایشان ادعا می کند که: «مضافا الى أن عمومات صحة الوصية و لزوم العمل بها _ كما عليه الاصحاب المستفاد من قوله تعالى "فمن بدله بعد ما سمعه فإنما اثمه على الذين يبدلونه" بملاحظة الاستشهاد به في بعض النصوص على لزوم العمل بالوصية في غير مورده _ كافية في دعوى الصحة». ^۱ یعنی خود ایشان قبول کرده است عمومات را، آنوقت چطور می فرماید که ما عموم صحت نداریم بلکه مورد به مورد باید بفهمیم که تعلیق مانع نیست. اصلا در وصیت تعلیق بر موت نهفته است. اگر عموم دلیل صحت وصیت داشته باشیم دیگر تمام است.

این اجمال بحث است، تفصیلش را انشاءالله دوستان باید بروند مراجعه کنند.

در وصیت همیشه انشاء وصیت لازم نداریم

پس تا اینجا بحث ما این شد که بنابراینکه هو وقف بعد موتی خودش وصیت باشد، دوستان تحقیق کنند که در باب وصیت اولاً ما همیشه انشاء عنوان وصیت لازم نداریم. لازم نیست بگوییم وصیت می کنم بكذا. همینکه بگوید هو وقف بعد مماتی مصداق وصیت است. اگر بگوید هو معتق، هو حرّ دبر حیاتی یا بعد مماتی این خودش عبارت است از وصیت بالتدبیر، و هكذا و هكذا. اگر این را گفتیم آنوقت کلا فهم مسأله ۲۳ یک قدری فرق می کند. هم استدلالهای بر بطلانش و هم اینها واقعا مسأله دیگری می شود.

تعریف صاحب عروه از حقیقت وصیت و تعلیقه آیت الله بروجردی بر آن

در مورد اینکه حقیقت وصیت چی هست بحث زیاد است، من فقط می خواهم به دو تا نکته اشاره کنم:

۱ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، ص: ۵۳۶/۵۳۵

مرحوم صاحب عروه در اول کتاب وصیت بعد از اینکه به لحاظ لغوی وصیت را معنا می کند می فرماید: « هی (وصیت) إما تملیکیة أو عهدیة، و بعبارة اخرى إما تملیک عین أو منفعة أو تسلیط علی حق أو فک ملک أو عهد متعلق بالغير أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه»^۱.

(این بحثی که الان دارم می کنم فقط از باب این است که حقیقت وصیت چی هست، و الا بحث ما در آن جهت دیگر تمام است).

مرحوم آیت الله بروجردی در تعلیقه شان فرموده اند: «اعتبار العهد متحقق فی التملیکیة ایضا»^۲. می گویند در وصیت تملیکی هم اعتبار عهد شده است. عهد که اینجا می گویند عهد الیه است به معنای توصیه و سفارش کردن، منتهی سفارشهای ابتدائی آدم موضوع حکم نیست، اما سفارشی که انسان برای بعد از موتش می کند که مصداق وصیت است، در آیات و روایات موضوع حکم قرار گرفته است، حرمت تبدیل، لزوم عمل به این سفارش. این سفارش مخصوصی است. حالا بحث این است که: اگر گفتیم که هذا ملک لزید بعد مماتی آیا در این هم عهد هست؟ صاحب عروه در متن اینها را مقابل هم قرار داده است. در یکجا وصیت از سنخ سفارش کردن است، به بازماندگانم می گویم یا به وصی و دیگران می گویم که بعد از موتم این ملک را وقف بکنید، بعد از موتم این کتاب را هبه کنید به حسن. هبه را بازماندگان می کنند. سفارش است. این عهد است.

صاحب عروه و عده ای از فقهاء در قبال این عهد، یک نوع دیگری را وصیت می دانند. خود همین آقای مورث که الان در حیات است، در حیات خودش انشاء تملیک بعد الممات می کند. یکی از جاهایی است که در واقع این انشاء تملیک چه عقد باشد و چه ایقاع (که خودش بحث مفصل دارد) ولو قبول لازم داشته باشد شرطاً یا جزئاً، او انشاء تملیک را انجام می دهد، بعد الموت که شرط حاصل شد با قبول تمام می شود. این یک بحث واقعی و معنوی است نه لفظی که آیا این تملیک بعد الممات که مسلماً صحیح است و نافذ و معتبر است آیا در آن عهد هم هست؟

۱ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص: ۶۵۲/۶۵۱

۲ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص: ۶۵۱

مرحوم آقای بروجردی یک حرف عجیبی دارد می گوید در این هم عهد هست. می گوید: «إذ كما يتعلق التوصية و العهد بالعمل كذا يتعلق بالامور الوضعية كالولاية و افتكاك الملك، ويؤيده قوله تعالى "يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين" و مرجعه الى الايصاء بترتيب آثارها»^۱.

ایشان ادعا می کند همانطور که در مورد عمل ما عهد داریم، این آقای مورث، سفارش می کند انجام عملی را به بازماندگان، در مورد امور وضعی هم، مثل ولایت، مثل ملک، مثل افتکاک از ملک در باب فک ملک و امثال این، آنجا هم ایشان می گوید ما عهد تصور می کنیم، «إذ كما يتعلق التوصية والعهد بالعمل كذا يتعلق بالامور الوضعية، آنوقت به آیه شریفه تمسک کرده اند که یوصيكم الله في اولادكم...». خب یعنی چه؟ می فرمایند مرجعش به ایصاء به ترتیب آثار است، که ایصاء اینجا یعنی سفارش کردن، مرجعش به سفارش کردن به ترتیب آثار است.

عدم صحت کلام آیت الله بروجردی ره

به نظر این حرف درست نیست. انشاء تملیک این غیر از انشاء سفارش است. و اصلاً غیر از سفارش بالحمل الشایع است. سفارش کردن که موضوع آثار شرعی است یک عنوان است، که من انشاءش می کنم چون به انشاءش موضوع آثار واقع می شود، و تملیک یک مفهوم دیگری است و انشاء دیگری دارد. اگر گفتیم اعتبار می خواهد نه انشاء، که داستان دیگری است. علی ای حال مفهوم تملیک و کاری که شخص می کند انشاء تملیک غیر از انشاء عهد و انشاء سفارش است. این یک نکته.

بعد ایشان می گوید مرجعش به ایصاء به ترتیب آثار است. سفارش به ترتیب آثار این مگر تملیک است که ایشان می گوید مرجع تملیک به این است؟! من سفارش کنم ترتیب آثار ملکیت بدهیم، این غیر از تملیک است. اینکه مطلب روشنی است. ما نمی گوئیم که ثبوتاً محال است. شارع می توانست بگوید سفارش به ترتیب آثار ملکیت هذا من اسباب التملیک. می توانست بگوید، ولی همچنین چیزی نیست. نه دلیل وصیت بر این دلالت می کند و نه شیوه عقلاء بر این دلالت می کند که سفارش به ترتیب آثار ملکیت یکی از اسباب تملیک در عالم باشد. لذا چنین چیزی نیست. در حالی که کسی که می گوید وصیت تملیکیه، می گوید الان تملیک می کند. انشاء التملیک من الموصی این در آثار و در روایات موضوع حکم قرار گرفته است برای تملیک کردن، یعنی امضاء شده این تملیک بعد الموت، با حصول شرط امضاء شده

است. این خیلی حرف معقولی است، تا اینکه ما بگوئیم اصلاً وقتی که انشاء می کند موصی تملیک را، دارد عهد می کند. چه عهدی؟! چه کسی گفته عهد است؟!!

ما اینطور می گوئیم همانطور که در باب بیع، انشای تملیک می کند و این موضوع امضاء قرار می گیرد، اینجا هم انشاء تملیک کرده و ادله وصیت گفته این تملیک اعتبار دارد. امضاء می کند این تملیک را، نه اینکه سفارش به کسی می کند. بله انشاء تملیک بعد الموت است، آقای وصی یا موصی له به ادله وصایت باید عمل کند. اینکه عمل نکنند و تبدیل کنند وصیت را آن بحث آخری است. ما عرضمان این است که آن چیزی که وصیت است انشاء تملیک در وصیت تملیکیه است و سفارشی در آن نیست، و آن چیزی که ایشان فرموده انصافاً یک ادعای خالی از دلیل است.

حالا دیگر بحث حقیقت وصیت بحثهای دیگری می برد که انشاء الله در جای خودش باید بحث بشود.

این تمام الکلام در مسأله ۲۳. انشاء الله در سال جدید به شرط الحیاة مسأله ۲۴ را شروع می کنیم.

«والسلام علیکم ورحمة الله».